律师经典案例

Selected Cases on law

第四辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编





律师经典案例

Selected Cases on law



律师经典案例

Selected Cases on law 第四辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编



图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例. 第4辑 / 唐国华主编. —杭州：浙江大学出版社，2010.9
ISBN 978-7-308-07826-9

Ⅰ.①律… Ⅱ.①唐… Ⅲ.①案例—分析—中国
Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2010）第139431号

律师经典案例（第四辑）

唐国华　主编

责任编辑　周卫群
封面设计　刘依群
出版发行　浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号　邮政编码310007）
（网址：http://www.zjupress.com）
排　　版　杭州中大图文设计有限公司
印　　刷　杭州余杭人民印刷有限公司
开　　本　710mm×960mm　1/16
印　　张　22
字　　数　372千
版 印 次　2010年9月第1版　2010年9月第1次印刷
书　　号　ISBN 978-7-308-07826-9
定　　价　41.00元

前　　言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和律师队伍，社会发展的需求是社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产、招投标等领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生1＋1＞2的效应。

为推动和促进律师事务所和律师队伍的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家，为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理中，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版，案例归类为民事专业、刑事专业、公司与证券专业、建筑与房地产专业、劳动与社会保障专业、行政法专业、知识产权专业、招投标专业、破产专业等九个专业。通过对经典案例讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师的实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助，我们会倍感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2010年6月于杭州

目 录

民 事 篇

刑　事　篇

建筑与房地产篇

公司与证券篇

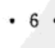
劳动与社会保障篇

知识产权篇

行政法篇

招投标篇

非诉法律服务篇



民 事 篇





多因一果侵权行为的赔偿责任

——江苏某公司诉黄某等道路交通事故财产损害赔偿纠纷一案评析

朱敏玲*

案情简介

2005年12月20日17时40分，黄某（第一被告）驾驶宁波某公司（第二被告）所有的小型客车途经杭甬高速公路往杭州方向16公里＋800米处追尾碰撞季某驾驶的江苏某公司所有的小型客车，后两车停于高速公路车道内，季某、黄某下车于高速公路车道内等待交警处理。17时45分，刘某（第四被告）驾驶浙江某公司（第五被告）所有的小型客车途经事发地，在避让过程中追尾碰撞小型客车，后又与黄某及高速公路护栏发生碰撞，同时导致小型客车碰撞小型客车及季某，事故同时造成黄某受伤，三车及高速路产不同程度损失。事故经交通事故认定书认定：季某、黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故，未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志；刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中，未集中注意力，发现情况过迟措施不当，导致事故发生，均违反道路交通安全法律，故该事故因刘某和季某的共同过错以及刘某和黄某的共同过错而产生，刘某和季某的行为对发生事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当，刘某和季某对该事故造成车辆、路产损失及季某死亡的损害后果，分别承担事故的同等责任；刘某和黄某的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当，刘某和黄某对该事故造成车辆、路产损失及黄某受伤的损害后果，分别承担事故的同等责任。

本案原告江苏某公司以道路交通事故财产损害赔偿纠纷为由将黄某、宁波某公司、某保险公司宁波分公司、刘某、浙江某公司、中国某保险公司柯

---

* 朱敏玲，女，江西财经大学法律硕士，从事交通事故人身损害赔偿、债权债务及刑事案件辩护等领域专业法律服务，浙江龙剑律师事务所主任，专职律师。

桥支公司等诉至法院。要求法院判决六被告赔偿车辆等各种损失共计41295元。

本案中,季某系江苏某公司驾驶员,黄某(第一被告)系宁波某公司(第二被告)驾驶员,刘某(第四被告)系浙江某公司驾驶员,发生事故时均为履行职务行为。宁波某公司所有的小型客车在某保险公司宁波分公司(第三被告)投保了第三者责任险,投保金额为50万元,保险期限为2005年11月2日至2006年11月1日;浙江某公司(第五被告)所有的小型客车在中国某保险公司柯桥支公司(第六被告)投保了第三者责任险,投保金额为20万元,保险期限为2005年12月16日至2006年12月15日。第四被告刘某与第五被告浙江某公司的委托代理人由笔者担任。

争议焦点

一、本案的事故认定

原告江苏某公司认为,季某驾驶的第一辆车被黄某驾驶的第二辆车追尾碰撞,后两车停于高速公路车道内,待交警处理。而后刘某驾驶第三辆车未集中注意力,发现情况过迟措施不及碰撞两车导致事故发生。为此,黄某、刘某应承担事故的全部责任。

第一被告黄某认为,其和季某未置放安全警告标志是一种违规行为,但这并不必然导致第二次追尾碰撞事故的发生。刘某驾驶第三辆车开车注意力不集中,发现情况过迟措施不及,是追尾碰撞的直接原因,应负事故的全责。

第三被告某保险公司宁波分公司认为,第一次追尾没有造成损失,所以不存在赔偿。第二次追尾系第四被告刘某和原告在驾驶中的一些违规行为造成,与其无关。

第四被告刘某认为,其为履行职务行为,故应由第五被告浙江某公司承担赔偿责任。关于责任交警部门已经有认定,都是承担同等责任的,故不应当全部承担,只能承担相应责任。

第五被告浙江某公司认为,对第四被告的责任,其愿意承担应当赔偿原告三分之一的责任。

二、关于本案的赔偿数额

原告的车辆等各种损失共计人民币39559元是否都是因第二次追尾碰

撞事故产生的？庭审中，原告陈述在第一次追尾碰撞后车辆有轻微损失，第一被告、第二被告认为没有损失。第四、五、六被告在庭审中未主张和举证证明原告车辆第一次追尾碰撞后有严重损失及损失数额。

审理判决

法院审理认为，本次交通事故共涉及两次追尾碰撞事故。第一次追尾碰撞：季某驾驶的第一辆车与黄某驾驶的第二辆车追尾碰撞造成车辆损失。第二次追尾碰撞：发生第一次追尾碰撞事故后，两车停于高速公路车道内，季某、黄某下车于高速车道内，后刘某驾驶第三辆车由于注意力不集中，发现情况过迟措施不及，追尾碰撞第二车辆，同时导致第二车辆碰撞第一辆车。因本案原告的损失基本上都是发生在第二次追尾碰撞中，故本事故仅确认导致第二次追尾碰撞各方责任大小。法院认为，就季某驾驶的第一辆车在第二次追尾碰撞中受侵权而言，刘某的违规行为与黄某的违规行为构成了“多因一果”侵权，即他们应当根据过失大小或原因力比例各自承担相应的赔偿责任。原因如下：(1)刘某的违规行为是导致第三辆车追尾碰撞第二辆车，从而导致原本静止的第二辆车碰撞第一辆车的原因力之一；黄某的违规行为也是导致刘某驾驶的第三辆车追尾碰撞第二辆车，从而导致原本静止的第二辆车碰撞第一辆车的原因力之一。(2)刘某与黄某没有共同故意或共同过失，即各自违规过错内容不一样，故不构成有意识联络的共同侵权，不承担连带责任。(3)行驶状态下的刘某的过错行为与静止状态下黄某的过错行为，两者相结合不具有时空统一性，也就是说两者不是直接结合而是间接结合导致碰撞第一辆车的后果，故刘某的过错行为与黄某的过错行为也不构成有意识联络的共同侵权，不承担连带责任。那么，如何根据侵权人的过失大小或原因力比例确定相应的赔偿责任呢？法院认为，导致第二次追尾碰撞发生的因素有：(1)季某驾驶机动车在道路上发生交通事故，未按照规定在车后 50 米至 100 米处设置警告标志。(2)黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故，未按照规定在车后 50 米至 100 米处设置警告标志。(3)刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中，未集中注意力，发现情况过迟措施不及。法院认为，如果季某、黄某中一人按规定设置警告标志，那么就可能不会导致事故发生。因此，导致第二次追尾碰撞的发生是因为季某、黄某均没有设置警告标志的违规行为与刘某违规驾车行为的间接结合造成。前后两者对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当，应分别承担事故的同等责任。故刘某的违规行为对第二次追尾碰撞事故的发生

应负50%的事故责任,季某、黄某的共同违规行为对第二次追尾碰撞事故的发生应负50%的事故责任。因黄某驾驶的第二辆车停在季某驾驶的第一辆车的后面,其为防止后面车辆碰撞的主要义务较季某的注意义务大,故黄某对第二次追尾碰撞事故的发生应负30%的事故责任,季某对第二次追尾碰撞事故的发生应负20%的事故责任。综上,刘某应对原告的车辆等损失承担50%的赔偿责任,黄某应对原告的车辆等损失承担30%的赔偿责任,原告自身承担20%的责任。

因第四、五、六被告在庭审中并未主张和举证证明原告车辆第一次追尾碰撞的具体损失数额,根据本案的实际情况,法院确认,本案的赔偿数额为人民币39559元,由原、被告在各自的过错责任内承担。

法院认为,合法财产受法律保护,公民由于过错侵害他人财产的,财产所有权人有权要求赔偿。本案中,季某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志,对第二次追尾碰撞事故的发生负有过错;黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志,对第二次追尾碰撞事故的发生负有过错;刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中,未集中注意力,发现情况过迟措施不及,对事故发生负有过错。原告作为受损车辆所有权人,其主张赔偿修理费38679元、拖车费360元、ICR费20元,符合法律规定,法院予以支持;对原告主张的交通费,因该损失系客观存在,结合本案情况酌情处理,法院对其中合理部分交通费200元予以支持。法院认为,刘某与黄某的过错行为间接结合导致第二次追尾碰撞事故发生,构成"多因一果"侵权行为,应对原告车辆等损失承担按份责任。根据事故各方责任大小,刘某应对原告的车辆等损失承担50%的赔偿责任,黄某应对原告的车辆等损失承担30%的赔偿责任,原告自身承担20%的责任,第一被告黄某系被告宁波某公司驾驶员,发生事故时系履行职务行为,故黄某的侵害行为由宁波某公司承担民事赔偿责任;第四被告刘某系第五被告浙江某公司驾驶员,发生事故时系履行职务行为,故刘某的侵害行为由浙江某公司承担民事赔偿责任。第三被告某保险公司宁波分公司和第六被告中国某保险公司柯桥支公司,分别是事故车辆的第三者责任商业险的保险人,尽管不是《中华人民共和国道路交通安全法》第76条规定的机动车第三者责任强制保险,但是根据《中华人民共和国保险法》第五十条规定,保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。故本案中二被告保险公司的被告主体是适格的,应在保险责任限额范

围内替代被保险人直接向第三人支付保险金。据此,法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、《中华人民共和国保险法》第50条第一款、第五十一条之规定,判决如下:一、浙江某公司赔偿江苏某公司车辆等各种损失人民币39559元的50%,即人民币19779.5元,此款由中国某保险公司柯桥支公司在保险责任限额范围内直接支付给黄某、季某,于本判决生效十日内付清。二、宁波某公司赔偿江苏某公司车辆等各种损失人民币39559元的30%,即人民币11867.7元,此款由某保险公司宁波分公司在保险责任限额范围内直接支付给黄某、季某,于本判决生效十日内付清。三、江苏某公司的其他诉讼请求。

经典分析

本案关键在于多因一果的侵权行为中损害赔偿分配问题。在民事诉讼实践中,如何确定在多因一果情况下侵权损害赔偿的民事责任问题,一直是民事损害赔偿案件的一个难点。本案按传统侵权行为法理论"共同侵权为连带责任,多因一果为按份责任"的原则来分配本案的民事责任。

从"为自己行为负责"侵权法基本原则出发,无意识联络的共同侵权人只应对自己的行为后果负责。即在无意识联络的共同侵权结果发生后,由于偶然因素使无意识联络的数个行为造成同一损害,不能要求其中一人承担全部责任,即不能按一般共同侵权的规则承担连带责任。无意识联络的数人侵权属于单独侵权而非共同侵权,因为行为人之间主观上并无共同过错即无共同意识联络,各行为人的行为也只是单独的行为,只是因为偶然因素两者相结合造成了同一损害而已。也正是由于在形式上表现为数人侵权而致同一损害,才习惯上把其归为共同侵权一类。对于无意识联络的共同侵权,一般应由各侵权人依其过错程度,单独承担相应的责任,而非全部责任或连带责任。具体到本案,对于被告适用无过错责任,对于车主及受害人适用过错责任来分担其应当承担的民事责任,也是符合我国《民法通则》中的公平原则的。关于多因一果情况下民事责任的承担问题,我国《民法通则》未作具体规定。本案一个损害结果是由包括受害人、行为人的行为在内的多个原因引起的。多个原因结合形成共同原因,共同原因中的各个原因在多因一果侵权损害民事责任的分担上具有相对的决定作用,即原因行为的原因力大,行为人应承担较多的责任;原因行为的原因力小,行为人应承担较小的责任。在确定多因一果侵权责任的承担时,除了考虑因果关系的原因力大小外,还必须与加害人的主观过错程度结合起来全面考虑。本案

中加害人和受害人均有过错,属于混合过错的情形。《民法通则》第131条规定:“受害人对损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。”即过失相抵。在混合过错中,加害人和受害人双方的行为是损害发生的共同原因,在确定各自的责任时,除了要考虑加害人和受害人各自行为的原因力,也要考虑其主观过错程度,充分应用过失相抵原则。

职务侵权还是个人侵权？

——徐某与王某、杭州某公司、杭州某高校人身损害赔偿纠纷案剖析

陆江涛　张利春*

案情简介

2008年8月17日，徐某开车去杭州某高校，在进入杭州某高校校门时，不听从执勤保安朱某的劝阻，在没有杭州某高校通行证的情况下，强闯杭州某高校校园，迫使杭州某公司执勤保安朱某跳到其车引擎盖上，徐某驾车并行驶了大概10多米才停下，双方发生争执、互相推搡。保安王某了解到此情况后出于气愤，打了徐某一拳，徐某眼镜被击碎，眼睛被划伤(经公安局物证鉴定所鉴定为构成轻微伤)。事故发生后，2009年8月20日，王某在派出所缴纳了3000元押金后就从杭州某公司辞职。徐某、杭州某公司、杭州某高校三方经过多次协商未果。2009年9月1日，徐某以雇主损害赔偿的案由起诉到法院，要求王某、杭州某公司、杭州某高校连带承担赔偿责任(医疗费、误工费、眼镜费、精神抚慰金、整容费、减少劳动能力等损失)数万元。朱某、王某系杭州某公司员工，派遣到杭州某高校工作。天屹律师在本案中是杭州某公司的诉讼代理人。该案社会影响较大，杭州数家电视台和报社跟踪报道本案。

争议焦点

1. 王某打伤徐某的行为是职务行为还是个人行为，是否需要王某、杭州某公司和杭州某高校对徐某所受伤害承担连带赔偿责任？

* 陆江涛，男，中国人民大学法学院法律硕士，主要从事民商法律事务及企业投融资、公司并购、股权转让、企业资产重组等非诉业务；浙江天屹律师事务所专职律师。
张利春，男，毕业于南京陆军学院，法学学士，主要从事建筑房地产、公司并购、股权转让以及交通事故、工伤、医疗纠纷等法律业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

2. 原告徐某起诉是否超过了法定的诉讼时效?

3. 原告徐某要求赔偿的损失是否合理?

审理判决

法院一审判决认定王某打伤徐某的行为系其个人行为,不是职务行为,法院根据过错程度判决被告王某、原告徐某对于原告徐某所受人身损害等分别承担70%、30%的责任,杭州某公司、杭州某高校与原告徐某所受人身损害等无关,不承担任何责任。法院作出一审判决后,原、被告双方均未上诉,该判决生效。

经典评析

(一)对法律关系的正确界定直接影响法律责任的分配与承担

天屹律师接受委托后,仔细研究了案情,根据本案归纳了四个可能发生的争议焦点,最后法庭归纳的三个争议焦点全部被天屹律师提前“命中”,天屹律师归纳的另一争议焦点——王某与杭州某公司是雇佣关系还是劳动合同关系?天屹律师代理的杭州某公司提交了王某的应聘登记表、工资单、王某签字的应聘须知等,法庭根据以上证据直接认定王某与杭州某公司系劳动合同关系。因此该案的案由由雇主损害赔偿变更为人身损害赔偿,法律关系的确定对案件的影响较大。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号)(“简称《赔偿解释》”)“第八条法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员,在执行职务中致人损害的,依照民法通则第一百二十一条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的,应当由行为人承担赔偿责任。第九条雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”即双方系雇佣关系,员工因故意或者重大过失致人损害的,则与雇主承担连带赔偿责任。如果双方系劳动合同关系,员工在执行职务中致人损害,则法人或者其他组织承担民事责任。员工实施与职务无关的行为致人损害的,则应当由员工自己承担赔偿责任,即劳动合同关系不存在承担连带赔偿责任。

(二)本案原被告最大分歧在于王某打伤徐某的行为是否属于职务行为

职务行为是杭州某公司是否承担侵权责任的核心条件。王某在执行职务时造成他人人身财产的损害,杭州某公司要承担赔偿责任。法律上没有规定职务行为的定义,但学理上有不同观点。主要有以下四种标准:

1. 以法人的意思为标准;雇主委托范围内的行为是职务行为。

2. 以法人工作人员的意思为标准;主观上是为雇主利益而执行职务,即使该行为是在委托范围之外,即为职务行为。

3. 以行为外在表现为标准,只须在外观上以及社会一般观念或认定上足以认为是在执行职务即可,不必探查实质上雇员的行为是否为执行职务。

4. 主客观综合说,综合各种因素判定。

天屹律师比较赞同主客观综合说,综合各种因素判定是否构成职务行为。实践中,法院一般综合考虑以下因素判定是否构成职务行为。

1. 行为是否是特定主体所为,即有雇佣(含劳动)关系的工作人员。

2. 行为的实施是否在特定的工作时间和工作区域内;若雇员的行为是在雇主授权的服务或活动期间发生,应被认为是职务行为。总之,其行为实施要与雇主工作有内在的牵连。

3. 行为的内容是否履行职责或工作需要,即是否履行职务或者与履行职务有内在联系。

4. 行为是否为了增加(进)雇主的利益。

若工作人员的行为具备上述要件,通常可认定为职务行为。但若缺少某个要件,也不能一概认定其为非职务行为。具体到本案,结合王某打伤徐某的时间、王某打伤徐某的行为与职务行为的关联性、是否出于履行职务的需要、保安员职责等因素分析:

(1)王某打伤徐某,使徐某受到轻微伤发生在非工作时间。本案中的王某等保安住宿(休息)的地点和工作的地点基本在一起或相隔不远,所以关键看其是否在工作时间,而不能简单看其工作区域。根据公安机关对当事人朱某、王某的询问笔录以及现场的录像,王某打伤徐某的时间大约在14时30分,王某当天安排的是中班,中班时间是15时到23时。王某自己也在询问笔录中明确表示,其并不值班。伤人时间不符合职务行为的要求。本案中杭州某公司有严格的交接班制度和录像监控,每次交接班有详细的记录。因此,比较清楚证明王某打伤徐某是在非工作时间。

(2)王某打伤徐某既不是工作需要,也不是杭州某公司职务范围以内的职权,与杭州某公司的职务行为没有内在联系。王某打伤人的行为完全违背了杭州某公司的意志,不仅不是保安的职责,而且是保安管理制度"五个严禁"、"六个不准"的行为,保安公司的管理制度、职责都明确严禁保安打架斗殴。因此,王某打伤原告并不是履行职务或职责的行为,完全系其个人行为。

(3)王某的打架,也不是为了保安公司的利益。王某是因个人气愤原告不服从管理,违章开车硬闯校园并顶撞、拖带其同事朱某,打抱不平而打架。

(4)杭州某公司在对王某等保安的管理上没有过错。王某应聘时仔细阅读了杭州某公司保安守则、队伍管理规定等规章制度。管理制度严禁保安打架。同时,王某在队伍管理规定的文件上签字并愿意自觉遵守上述管理制度。王某在休息时间与原告发生纠纷、打架,系王某的个人行为。员工休息时不属于保安公司管理,保安公司无权干涉员工休息时间的行为。保安公司的执勤保安朱某在被原告驾车顶撞、拖带了近10米仍未与原告发生纠纷、打架,也说明保安公司在对保安的管理上是非常尽责的。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第八条的相关规定,王某在休息时间实施与职务行为无关的个人打架行为致原告损害,应由王某本人承担赔偿责任。

(三)王某与原告徐某发生纠纷的起因在于原告,其应承担部分责任

1. 王某与原告发生纠纷,导致其受到轻微伤起因在于原告不服从管理,违章硬闯校园且违规开车顶撞、拖带履行管理职责的保安人员,纠纷的起因在于原告个人。因此,原告应对其过错行为导致其自身所受伤害承担责任。

2. 王某在询问笔录中也明确表示打人的原因是气愤原告不服从管理,开车拖带其同事。说明原告与王某发生打架的过错在于原告自身的过激危险行为。

最后法院采纳了天屹律师的代理意见,认定王某打伤徐某的行为系其个人行为,不是职务行为。

(四)原告起诉是否超过了法定的诉讼时效

天屹律师认为原告起诉已经超过法定的诉讼时效,法院应依法驳回原告的诉讼请求,在代理过程中首先强调了诉讼时效问题。

1. 徐某与王某发生纠纷,受到伤害的具体日期是2008年8月17日,所受伤害十分明显且同年8月徐某所受的伤害就已确诊(有医院诊断病历、就诊凭证等证明,具体见原告提交的证据),原告在法庭上也明确表示2008年8月27日伤口已拆线。从原告提供的证据及其法庭上的陈述看,其所受伤害在2008年8月27日前不仅确诊而且治疗已终结。

2. 原告提交的诊断书只是一个证明书,证明书只是建议如何,并没有就原告所受伤害进行诊断或确诊。原告提交的杭州市某公安局鉴定意见只是对所受伤害等级的鉴定意见,并不是对伤害的确诊。确诊应由医疗机构

作出，公安鉴定机构无权作出。因此，根据《中华人民共和国民法通则》司法解释第168条：人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。徐某所受伤害十分明显且2008年8月就已确诊，应从受伤害之日2008年8月17日起算，到2009年9月1日原告到法院起诉已过一年的诉讼时效期限，原告丧失了胜诉权，法院应依法驳回原告的诉讼请求。

遗憾的是法院未采纳天屹律师关于诉讼时效的代理意见，认定杭州市某公安局于2009年1月8日对原告所受伤害作出的轻微伤鉴定意见，构成诉讼时效的中断，从而认定原告起诉未超过诉讼时效。

（五）原告的部分诉讼请求不合理，且没有法律依据

针对原告不合理的诉讼请求，天屹律师针锋相对地指出原告部分赔偿额虚高、残疾赔偿金等缺乏依据等反驳理由。天屹律师的该部分代理意见被法院大部分采纳，最终人民法院认定的赔偿额仅为其诉请赔偿额的六分之一左右，驳回了原告大部分不合理的诉讼请求。且天屹律师代理的杭州某公司不需要承担任何责任，有力地维护了委托人的合法权益。

《交强险条例》第22条的理解与适用

——某保险公司诉杨某交强险保险合同纠纷一案评析

万剑飞*

案情简介

2007年8月22日,被保险人杨某向某财产保险公司浙江分公司(以下简称保险公司)投保了机动车交通事故责任强制保险,保险期间自2007年8月23日0时起至2008年8月22日24时止。2007年8月23日23时30分许,杨某醉酒驾驶行驶至某某路段时,将已经被另一车辆撞倒在地的受害人陈某碾压致死。事故发生后,杨某驾车逃逸,后被查获。交警部门认定,杨某与另一车主各负事故的同等责任,受害人陈某无责任。陈某家属向法院起诉,法院于2008年3月25日判决保险公司在交强险责任限额内向受害人第一顺序继承人赔偿损失人民币60000元。

判决生效后,保险公司向受害人亲属履行了赔偿义务,并于2009年2月10日向法院起诉,请求被保险人杨某返还保险公司已赔付给受害人亲属的损失60000元。

争议焦点

本案争议焦点在于《交强险条例》第22条①的理解与适用。即保险公司在交强险范围内向受害人承担了赔偿责任后,是否有权向醉酒驾驶的交通事故致害人追偿。

---

* 万剑飞,男,主要办理金融保险、公司证券、基础设施与建筑房地产等诉讼及非诉讼法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

① 《交强险条例》第22条规定:"有下列情形之一的,保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用,并有权向致害人追偿:(一)驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的;(二)被保险机动车被盗抢期间肇事的;(三)被保险人故意制造道路交通事故的。有前款所列情形之一,发生道路交通事故的,造成受害人的财产损失,保险公司不承担赔偿责任。"



审理判决

一审审理判决

一审法院认为：

1. 依据《交强险条例》第21条之规定："被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失的，由保险公司依法在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。道路交通事故的损失是由受害人故意造成的，保险公司不予赔偿。"该规定适用的是无过错责任归责原则，即保险公司在负有机动车第三者责任强制保险责任限额内直接向受害人赔偿人身伤亡及财产损失的法定义务，免除该义务的唯一事由是受害人的故意行为。机动车驾驶员醉酒驾驶不属于该条所述免除保险公司的赔偿义务事由。

2. 保险公司根据原审法院已生效的民事判决书向受害人的亲属履行赔付义务，是保险公司承担法定赔偿义务的具体化。保险公司在承担赔偿责任后，向致害人行使追偿权，可以依据法律、行政法规的直接规定行使法定追偿权，或者依据依法订立的合同行使约定追偿权。目前，只有《交强险条例》第22条有明确规定，保险公司可以就垫付的抢救费用向致害人追偿，对于其他费用能否追偿，法律、行政法规未作出直接规定。而《机动车交通事故责任强制保险条款》第9条，也仅约定了驾驶员醉酒驾驶发生交通事故，对于垫付的抢救费用，保险人有权向致害人追偿。

据此，一审法院判决驳回保险公司的诉讼请求，并承担案件受理费。

二审审理判决

一审原判后，保险公司不服，提起上诉。

二审法院认为，《交强险条例》第22条规定了醉酒驾驶发生交通事故，保险公司在机动车交通事故责任强制保险限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追偿，对造成受害人财产损失的，保险公司不予赔偿。该条规定保险公司垫付抢救费用的目的，在于保障受害人能够得到及时、有效的救治，而规定保险公司在垫付抢救费用后可以向致害人追偿，目的在于通过保险公司不承担保险责任的方式，杜绝醉酒驾驶等交通违法行为的发生，这与《中华人民共和国道路交通安全法》第一条所确立的立法目的相一致。虽然《交强险条例》第22条未规定保险公司在交强险责任限额内向受害人赔偿后，是否有权就除抢救费用之外的费用向醉酒驾驶致害人追偿。但根据《中华人民共和国道路交通安全法》的立法精神以及《交强险条例》第22条的立

法目的,可以确定保险公司就上述费用享有追偿权。

据此,二审法院撤销了原判决,改判杨某向保险公司支付 60000 元,并承担一、二审的案件受理费。

经典评析

本案是一起因被保险人醉酒驾驶致人损害,保险公司在机动车交通事故责任强制保险限额范围内向受害人赔偿后,向醉酒驾驶致害人行使追偿权的案件。本案核心的问题是关于《交强险条例》第 22 条的理解与适用问题。对此,司法实践中颇多争议,各地法院理解与审判标准不一。对于《交强险条例》第 22 条之规定,司法实践存在两种不同的理解:

第一种观点认为:《交强险条例》第 22 条规定的"财产损失"只能作狭义理解,因此,在醉酒驾驶、无证驾驶等情形下,保险公司在交强险中的免赔范围仅限于财产损失,不包括造成受害人死亡、伤残时的死亡赔偿金和伤残赔偿金。持此种观点的法官,在审理交强险案件时,就判决保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额内赔偿除受害人的财产损失之外的费用。且由于《交强险条例》第 22 条第 1 款只明确保险公司对垫付的抢救费用具有追偿权,法院往往也不支持保险公司向受害人赔偿后向致害人的追偿诉请。

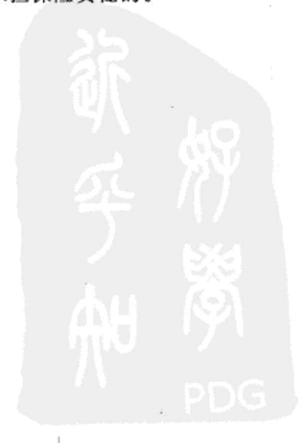
第二种观点认为:依据《交强险条例》第 22 条的规定,在被保险人具有无证驾驶、醉酒驾驶等情形时,保险公司仅应在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用,而不包括其他费用,并且在垫付后还有权向致害人追偿。该规定实质上是保险公司免除承担保险责任的规定。垫付抢救期间的医疗费仅是为了能及时救助受害人,在受害人脱离危险以后,保险公司不承担其他责任。持此种观点的法官,在审理交强险案件时,会出现两种不同的做法:一种是直接判决保险公司对受害人免赔;一种是在判决保险公司向受害人赔偿后赋予保险公司向致害人的追偿权。

本代理律师接手本案已经是本案的二审阶段,原审判决保险公司不享有向醉酒驾驶致害人的追偿权,而且从法定追偿权和约定追偿权的角度加以论述,原因就在于《交强险条例》第 22 条对于被保险人有无证驾驶、醉酒驾驶等情形时,保险公司对除抢救费用以外的损失和费用是否承担赔偿责任,以及在赔偿之后是否享有向致害人的追偿权,都没有明确的规定。但是,本代理律师认为,在被保险人具有醉酒、未取得驾驶资格等严重违反道路交通安全法律法规的行为时,法律不可能会纵容将这种违法行为的后果

转嫁给保险公司承担。第三者责任强制保险制度设立的目的，在于保障受害人的利益，而如果保险人对无证、醉酒驾驶也承担交强险赔偿责任，那么将极大纵容、鼓励无证、醉酒驾驶这一严重违法的高度危险行为，无证、醉酒驾驶的行为将更加恣意妄为，将使行人等其他交通参与人面临极其严重的威胁，这显然违背了我国设立第三者责任强制保险制度的初衷和目的，破坏了社会和谐。

于是，本代理律师从交强险制度设立的目的和《道路交通安全法》的立法精神上寻找切入点，提出了交强险制度的设立目的和《道路交通安全法》的立法精神，不仅是为保障受害人依法获得赔偿，更是为了促进道路交通安全，而如果不赋予保险公司向致害人的追偿权，将与上述目的和立法精神相悖。最终，二审法院采纳了本代理律师的观点，判决醉酒驾驶的被保险人应向保险公司返还已支付给受害人的保险赔偿金。故本案例可谓对《交强险条例》第 22 条以目的解释的方法进行的一次成功的尝试。

欣喜的是，最高人民法院于 2009 年 10 月 20 日以〔2009〕民立他字第 42 号函的形式答复安徽省高级人民法院《关于如何理解与适用〈机动车交通事故责任强制保险条例〉第二十二条的请示》(〔2008〕皖民申字第 0440 号)。该答复明确表示同意安徽省高院请示中的第二种意见，即认为对《交强险条例》第 22 条中的“财产损失”应作广义的理解，系指与精神损害相对应的广义上的财产损失。故《交强险条例》第 22 条中所指的“财产损失”应包括因人身伤亡而产生的各项经济损失，如伤残赔偿金、死亡赔偿金等。虽然，最高人民法院是以“民立他字”的形式作出个案答复，从形式上并不具有司法解释的效力，但至少表明了最高人民法院对该问题的一种态度，即认可了被保险人如具有《交强险条例》第 22 条第 1 款之严重违法行为时，保险公司是不承担保险责任的。



退还的保险费应支付给谁?

——一起因财产保险合同的提前终止而引出的纠纷案分析

孔建祥*

案情简介

原告金女士,2005 年 8 月份因为购买了一套位于杭州市某区某高档小区的房屋而需向银行按揭贷款,经贷款银行指定与被告某保险股份有限公司浙江省分公司于 2005 年 8 月底签订了一份《抵押商品住房保险合同》,双方约定保险期限为 20 年,该套房屋的保险金额为 200 多万元,需缴纳保费 19000 多元,投保人和被保险人均为原告金女士,第一受益人为该贷款银行。之后,原告金女士与贷款银行签订了一份抵押借款合同,向贷款银行借款 200 多万元,借款期限也为 20 年,并以该套房屋作为抵押。

本来也是带有投资加将来自住性质地购买了该套房屋,但因事后原告金女士家庭的突然变故,丈夫生前为公司经营而向他人"借款",之后逼于无奈把公司债务转到了以原告其个人名义"借款",因此而被对方起诉,对方通过当地法院利用民间借贷案件起诉而被最后执行,为偿付该"债务"及其他众多债权人的债务,无奈被执行和解,也因而须提前转让该套房屋以还款,因此于 2009 年 1 月中旬与对方执行申请人的子女达成变卖协议,约定所得款项首先支付以结清该房屋的银行按揭贷款余额本息,剩余变卖款全部支付申请执行人以清偿"债务",因而该套房屋被强制变卖转让过户了。

但变卖转让的受让方不是执行申请人本人而是以其子女名义受偿。执行申请人拿到在执行过程中原告金女士提交的保单原件和提前还贷结清证明而去被告保险公司结算支取了退还的保费 13000 多元。

事后,贷款银行也出具给原告一份贷款结清证明,原告金女士就去找被

---

* 孔建祥,男,浙江大学、中国政法大学民商法学研究生,主要从事知识产权、建筑与房地产、公司法、合同法等诉讼和非诉讼法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

告保险公司要求退还保费时才得知对方已经抢先提取了该退还的保费，经原告多次与被告协商要求退还该保费，但自行争取未果，遂委托本人代理准备通过法律途径解决该纠纷。因案由为财产保险合同纠纷，故选择提交至保险标的物即该房屋所在地的法院而非被告所在地法院就近诉讼解决。其请求事项为要求由被告退还原告保险费计人民币13000多元；并由被告承担本案全部诉讼费用。理由是因被告应退还原告提前还贷终止保险的保险费，但被告却把该应退还的保费交给了案外的第三人即其他案件的执行申请人。为维护原告方自己的合法权益，原告遂向法院提起诉讼主张要求被告退还该保费，请求法院依法判决。

争议焦点

本案因提前还贷而终止财产保险合同须退还的保险费应该支付给谁？是原告金女士、第一受益人贷款银行？还是案外的执行申请人？还是房屋变卖的买受人？即该权益应归属于谁？

审理判决

一审法院经审理认为，原告金女士因向贷款银行抵押借款而与被告保险公司签订了保险合同并交纳保费，事实清楚，本案双方当事人并无争议。本案的焦点为原告金女士的银行借款本息结清退保后，剩余保险费应当支付给原告金女士还是买受人。因原告金女士是借款合同和保险合同的当事人，保险合同因借款余额本息的提前结清而终止，根据合同相对性，被告保险公司应将剩余保险费退还投保人即原告金女士而不是买受人。执行申请人向贷款银行支付借款余额本息是以原告金女士名下的该套房屋的变卖款替原告金女士归还借款本息余额的，执行申请人在此仅是经办人。被告保险公司认为，根据法院的裁定，涉案房屋的所有人已经变更为买受人，从而认为被保险人也变更为买受人而把剩余保险费退还给买受人正当的抗辩，缺乏事实和法律依据，法院不予采信。原告金女士要求被告保险公司退还剩余保险费的诉讼请求，符合法律规定，予以支持。据此，依照《中华人民共和国保险法》第五十四条之规定，判决被告保险公司于本判决生效之日起退还原告金女士保险费13000多元。因被告未在规定时间内上诉，至此该案一审判决已经生效。

经典评析

随着房地产市场的发展和繁荣，外地人不管有钱没钱，纷纷到杭州或为

投资、或为自己居住、或为子女将来居住而购买房产，从开始的刚性需求(自住或者为子女就读、工作或父母将来的安享晚年而提前考虑)而陆续有外地人不断在杭州购房，发展到后来的炒房团成批、整层甚至整栋炒作，这也是造成现今杭州房地产市场虚假繁荣和价格泡沫的因素之一，年底前杭州最高平均价将近 2 万元与全国同期平均价才 4000 元相比，明显看出有炒作的成分，价格泡沫严重存在。房价实时在变动，被炒高了的房价，简直成了一种炒作的对象，火爆的房地产市场，在不断的炒作中就需要不断的过户，到了最后一棒的人手上就将会变成烫手的山芋，到时候想扔可能都会没有人敢接收，就看到时落在哪些人手上。因此，房产买卖本身因价格的变动(主要是升值)产生了众多违约纠纷案，而在转让过户中或者因其他纠纷而被过户的房产纠纷案例也是层出不穷，由此引发了众多类型的房地产纠纷案，而且还间接引申出其他类型的纠纷案，如本案就是因房产变卖转让过户和提前还贷终止保险合同需退还保费而产生的诉讼案。

本财产保险合同纠纷案，看似是比较简单的纠纷，因为要说简单，就是保险合同终止而退还的保费当然要退还给投保人即本案的原告，但是，因有其他案件的被执行，即多了执行申请人和买受人在一起，关系就变得比较复杂了。而本案背后的案件即那个被执行案件就更复杂了，在此不作过多的披露和探讨，原告方还在积极争取挽回中。

本案中，原告因购买房产需要按揭贷款而被贷款银行要求对此不动产进行保险，而相应的保费却要买受人来支付，也就是本案的原告在贷款的同时还需要支付近 2 万元的保险费用，无形中增加了买受人须承担的费用，这些费用在转让的时候往往也是转嫁到了下家买受人，因此更增加了房屋的转让价格，推动了房价的连续上升。而本案中，原告因其他案件被执行，最终通过自行变卖该套房产来抵偿债务，但在变卖中，因故原告被要求是变卖给了执行申请人的子女而非执行申请人本人，在实际操作中，均是执行申请人出面，后又凭着银行提前还贷的证明书、保单正本，而直接去保险公司领取该保险合同提前终止而退还的保费，由此引出本案纠纷。

本人认为，该保险合同的当事人是原告和被告，而非执行申请人或者买受人与被告间的合同关系，是原告与被告签订了财产保险合同，对于该房产投保，以防万一出现灭失等事故而致使银行对此抵押保险标的的灭失，做到了万无一失，第一受益人也就是贷款银行。而因银行贷款余额本息虽然是买受人的家长出面并出资去归还，但该款项是作为变卖款的一部分而非另行出资，应属于原告的款项，执行申请人也是以原告名义去还贷的，该部分

款项在执行款中已经抵扣，因此，虽然房产转让给了买受人，但该保险合同的提前终止退还的保费是因保险合同的订立及终止而产生的，非因房屋转让而随房屋产生的孳息，此时房产虽然属于买受人了，但终止合同而退还的保费还是需要退还给合同相对人即原告。本案中，因原告既没有授权，也没有放弃该权益，该房屋也并不是其他案件的执行标的本身，执行的是房屋转让的变卖款，因该变卖款已经扣减了支付银行贷款余额本息而作为清偿执行案的债务，虽有不足，但在和解协议中执行申请人已经明确放弃了的，所以，执行标的并不包含该退还的保费部分。

因此，被告保险公司不应该是退还给执行申请人或者买受人，因此时执行标的是原来案件中的债权金额而非该房屋本身，在执行和解协议中也非包含该保险合同项下的权益等，变卖协议中也没有包含该保险合同的终止而退还的保费或者随着房屋而产生的孳息等这些内容，而贷款银行因原告金女士已经由执行申请人代替偿还了贷款余额本息，因此，贷款银行的第一受益人身份也因此消除，故本案被告保险公司应该把保费退还给原告金女士而非执行申请人或者买受人或者贷款银行。



乘坐同单位员工车辆履行职务发生交通事故如何处理

——朱某诉张某、A公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案评析

王旭东*

案情简介

张某系A公司驾驶员,朱某系A公司一般员工。2007年2月8日,朱某乘坐张某的车辆去外地出差,回单位途中由于车速过快,违章超速行驶,遇情采取措施不当,发生单方交通事故,造成朱某受伤。交警部门认定张某负事故全部责任。经劳动部门认定,朱某属于工伤。

朱某受伤造成结肠部分切除,依据《道路交通事故受伤人员伤残评定》(GB 18667—2002),通过司法鉴定机构鉴定被评定为九级伤残;同时,依据《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》(GB/T 16180—2006),杭州市劳动能力鉴定委员会评定其为八级伤残。

2007年11月5日,朱某以道路交通事故人身损害赔偿纠纷案由起诉张某,要求张某赔偿残疾赔偿金、误工费、护理费、交通费、精神损害抚慰金等共计约11万元。诉讼过程中,张某提供A公司出具的证明及其他证明,证明其系受公司指派履行职务,并称依据人身损害赔偿司法解释第八条的规定,应由A公司承担朱某的赔偿责任。朱某申请追加A公司为共同被告,要求A公司承担人身损害赔偿责任,张某因有重大过失而承担连带赔偿责任。A公司参加诉讼后称,朱某受伤已被认定为工伤,虽然A公司未为朱某参加工伤保险,但仍应当参照《工伤保险条例》的规定处理,即应当通过劳动仲裁处理,且根据工伤赔偿计算公司应当承担的赔偿责任不超过7

* 王旭东,男,毕业于四川大学法学院法学专业,西南政法大学法律硕士,主要从事交通事故和劳动法法律事务,浙江六和律师事务所专职律师,中国交通事故律师网、杭州劳动律师网站长,著有《交通事故赔偿争议处理法律依据于案例指导》一书。

万元，要求法院驳回朱某的起诉。

争议焦点

因本案朱某按照道路交通事故和工伤主张赔偿的金额差距较大，故本案的争议焦点主要是在朱某受伤的行为既属于工伤、又属于道路交通事故受伤的情况下，朱某是否有权选择按照道路交通事故要求张某及 A 公司承担赔偿责任，还是只能按照工伤的规定向 A 公司主张赔偿？

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)第十二条规定：依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。

如何理解上述第二款关于“第三人侵权”的规定？本案中张某是否属于用人单位以外的第三人？

审理判决

2008 年 5 月 8 日，杭州市某区法院作出一审判决。法院认为：劳动关系中的劳动者因工伤事故遭受人身损害的，应当按照《工伤保险条例》的相关规定请求工伤保险赔偿。本案中朱某受伤已经劳动部门认定为工伤。并且张某系 A 公司员工，其于事故发生时驾驶车辆的行为也属完成该公司的指派任务，本案中张某的身份不属于用人单位以外的第三人。故本案不属于人民法院受案管辖范围。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 139 条和《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 12 条之规定，裁定驳回朱某的起诉。

经典评析

本案在审理过程中，法官之间也曾有不同意见，后经庭长组织讨论，作出了如上判决。朱某接到判决后无法理解法院的判决，提出了上诉，后以高于工伤赔偿低于交通事故赔偿的金额与 A 公司达成庭外和解。但本律师认为，对《人身损害赔偿司法解释》第十二条第二款的理解及本案的判决尚值得商榷：

1. 根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件若干问题的解释》第九条规定:"雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。"①

本案中张某开车时发生事故致朱某受伤,依法应当由朱某承担事故赔偿责任,该事故赔偿责任承担的方式为人身损害民事赔偿,即依据道路交通事故人身损害赔偿案由及相关规定处理。如认定A公司是张某雇主,则A公司根据雇主替代责任原则及上述第九条规定应当代张某向朱某承担事故赔偿责任,该替代责任的承继并不能改变责任承担方式,因此,此时A公司向朱某承担事故赔偿责任的方式依然应当是人身损害赔偿,即依据道路交通事故人身损害赔偿案由及相关规定处理,并且A公司承担责任后可以因张某有重大过错而追索部分赔偿。

2. 朱某在本次事故中同时构成工伤是否影响朱某依据人身损害赔偿相关规定向张某和A公司主张赔偿的权利?

在劳动关系中,员工发生工伤的,用人单位具有因劳动关系而承担工伤赔偿责任的义务,该责任承担的事实依据是双方的劳动法律关系,即在本案中,朱某可以基于其与A公司之间的劳动法律关系向A公司主张工伤赔偿责任。故对朱某,A公司负有人身损害赔偿责任和工伤赔偿责任的双重责任,作为朱某是有权利选择要求A公司承担责任的方式的,A公司并不能因为具有工伤赔偿责任而免除负有的人身损害民事赔偿的责任。因此,本案中朱某选择依据道路交通事故人身损害赔偿案由要求张某和A公司承担连带赔偿责任是可以的。

3. 并不能因为侵权人不同而影响受害人主张权利的内容。

假设朱某诉请被驳回,即朱某只能按照工伤赔偿责任要求A公司承担责任,则朱某依法享有的人身损害赔偿权利被剥夺,朱某要求张某依法承担连带责任的权利也被剥夺(张某在本次事故中违法超速驾驶、遇情采取措施不当负事故全部责任,可认定有重大过错);进一步讲,即同样是因发生道路交通事故受伤,员工如因第三方交通事故受伤可按照人身损害赔偿规定主张权利,如因同一单位其他员工交通事故致其受伤则不能按照人身损害赔

① 本条所指雇佣关系是一个大的概念,包括人事关系、劳动关系以及劳务关系中的各种雇佣情况。(见黄松有主编的《〈最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件若干问题的解释〉的理解与适用》一书第159页)故劳动者在从事劳动活动中致人损害如何承担责任同样适用该条规定。

偿规定主张权利，即受害人将因为侵权人不同而影响主张权利的内容，显然这样的处理缺乏法律依据，违反公平原则。

4. 朱某如不能通过道路交通事故人身损害赔偿向张某和A公司主张民事赔偿责任，则肇事车辆保险公司的理赔责任将被免责。

如A公司不是依据道路交通事故人身损害赔偿案由代替张某承担赔偿责任，而是依据与朱某的劳动关系按工伤有关法律规定赔偿朱某损害，则事故车辆保险公司将无需承担事故理赔责任。进一步而言，某单位的机动车将本单位的人撞了，该单位将无法要求保险公司理赔，但保险合同和相关法律并无此规定。进一步假设，该车如为张某所有，则保险公司将基于张某在本案中未承担事故赔偿责任而无需承担事故理赔责任，显然保险合同和相关法规也无此规定。

5. 本案可适用《人身损害赔偿司法解释》第十二条第二款的规定。

《人身损害赔偿司法解释》第十二条第二款中的"因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害"是相对于用人单位原因工伤事故、劳动者本人过失工伤事故、职业病和意外事故导致工伤而言的第三人直接实施伤害导致工伤。

从《人身损害赔偿司法解释》的整体体例看，第十一条[①]是针对雇员在雇佣活动中受伤如何行使赔偿请求权的规定，即在无雇佣关系以外的第三人情况下遭受人身损害的，雇主应承担赔偿责任，因雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，雇员可以请求第三人赔偿，也可以请求雇主承担责任。而《人身损害赔偿司法解释》第十二条则是针对劳动者在劳动活动中受伤如何行使赔偿请求权的规定，即在无劳动关系以外的第三人情况下（工伤事故、职业病、意外事故）遭受人身损害的，用人单位应当承担赔偿责任；因劳动关系以外的第三人造成劳动者人身损害的，劳动者可以请求第三人赔偿，也可以请求用人单位赔偿。因此，第十二条第二款中的"第三人"应理解为用人单位和劳动者劳动关系之外的第三人，包括用人单位的其他员工。

从该内部体例看，该条整体是规定劳动者在劳动活动中受伤可以基于工伤的法律规定向用人单位主张赔偿，第一款是针对劳动者因工伤事故遭受人身损害如何主张赔偿，第二款则是针对劳动者因工伤事故之外的第三

① 第十一条 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。

人伤害遭受人身损害如何主张赔偿，规定在第三人伤害导致工伤的情形下，劳动者除可以向用人单位主张工伤赔偿责任外，特别规定劳动者可以向具体实施侵害的第三人主张民事侵权赔偿责任。因此，该款“因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害”的含义，应指“工伤事故之外的第三人侵权造成劳动者人身损害”。

6. 值得一提的事，目前浙江省关于工伤与交通事故竞合情况下的处理方式已有重大变化，“总额补差”的方式已被废止，取而代之的是有选择性的“双重赔偿”。[①] 故有理由相信，立法的基本原则是充分保护受害人的合法权益，作出有利于受害人的解释、理解或改变，更能体现立法的本意，彰显立法的公正。

纵观本案，不得不让人产生一些案外的困惑和思考：

1. 如《人身损害赔偿司法解释》第十二条第二款的司法本意如本案一审所判，则该规定对如本案朱某一样的受害人而言显然有失公平，同样是因交通事故受伤，因为肇事方与其有某种联系而导致赔偿权利大相径庭；A公司车辆投保的机动车第三者责任险是否可以得到理赔将面临争议，A公司因未为朱某缴纳工伤保险将由自身承担赔偿责任。

2.《人身损害赔偿司法解释》第十二条第一款中出现“工伤事故”这一术语，但《工伤保险条例》及相关规定对“工伤事故”这一术语的内涵和外延均缺乏详细明确的规定，如司法本意如一审所判，则该处的“因工伤事故遭受人身损害”是否应当表述为“因遭受人身损害而被认定为工伤的”更加贴切？但从《工伤保险条例》第十四条的规定看，工伤与工伤事故显然不是完全相同可替代概念，如患职业病是工伤但不是工伤事故，是否需要对“工伤事故”的内涵和外延作出明确的定义。

3. 雇佣活动中的雇员和劳动活动的劳动者在遭受人身损害时的法律保护水平本应是一致的，即使有差距也应当是后者高于前者，但我国的司法现实却是雇佣活动中的雇员遭受人身损害得到的赔偿往往会高于劳动活动

---

① 2009 年 7 月 31 日发布的《浙江省人民政府关于进一步做好工伤保险工作的通知》(浙政发〔2009〕50 号)最新规定：对《浙江省人民政府关于贯彻执行〈工伤保险条例〉有关事项的通知》(浙政发〔2003〕52 号)中关于“职工因交通事故或其他事故伤害被认定或视同为工伤的，其待遇按总额补差的办法支付”的规定调整为：“在遭遇交通事故或其他事故伤害的情形下，职工因劳动关系以外的第三人侵权造成人身损害，同时构成工伤的，依法享受工伤保险待遇。如职工获得侵权赔偿，用人单位承担的工伤保险责任相对应项目中应扣除第三人支付的下列五项费用：医疗费，残疾辅助器具费，工伤职工在停工留薪期间发生的护理费、交通费、住院伙食补助费。”

的劳动者。在同样因第三人导致雇员或劳动者人身损害时,《人身损害赔偿司法解释》第十一条规定的是雇佣关系以外的第三人(即包括同一雇主的其他雇员),而第十二条为何要缩小第三人的范围,未表述为"劳动关系以外的第三人",该司法解释的法理依据何在?

4. 如本案一审正确,即张某不用承担连带赔偿责任,则《人身损害赔偿司法解释》第九条所指雇佣关系应是狭义的,不能涵盖劳动关系,即在劳动关系中,劳动者因故意或者重大过失致人损害的,不与法人承担连带赔偿责任。法人承担责任后,不能向劳动者追偿。如此,黄松有主编的《〈最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件若干问题的解释〉的理解与适用》一书第159页所言"本条所指雇佣关系是一个大的概念,包括人事关系、劳动关系以及劳务关系中的各种雇用情况"不正确。

车辆贬值费问题探析

——一起车辆贬值费20万元获法院支持案件引发的思考

王旭东*

案情简介

2008年4月7日,孙某驾驶胡某所有的玛莎拉蒂轿车(以下称丙车)行驶至沪杭高速下行20.6km处,因见前方车辆在超车道换轮胎,遂停车,逢夏某驾驶甲公司所有的旅行大客车(以下称甲车)由西向东行驶,过程中甲车先追尾撞击同向行驶的彭某驾驶的中型客车(以下简称乙车),又追尾撞击丙车,乙车被撞击后车头又撞击丙车,事故造成甲车车头受损,乙车车头、车尾受损,丙车车尾受损。同日,交通警察支队对事故责任作出认定,夏某承担事故主要责任,彭某承担事故次要责任,孙某无事故责任。

2008年4月28日,道路交通事故物损评估中心经现场勘估,对丙车受损应换零部件、修理项目以及修理费用(不包括隐性损坏)进行确认,评定直接物质损失为13360元。并注:行李箱盖、尾灯、后保、左右后叶子板、后挡风玻璃等由于4S店无法报价,等车子放出,由评估站和保险公司共同定价。

2008年3月7日,胡某购买甲车,价格为192万元;甲车在A保险公司投保了交强险,保险期间为2007年9月23日至2008年9月22日;乙车在B保险公司投保了交强险,保险期间为2007年11月18日至2008年11月17日。

2008年5月30日,A保险公司对丙车的车损情况进行查勘,定损508230元。2009年2月车辆维修完毕,产生维修费631251元(其中配件费515146元,工时费116105元),由维修公司开具金额为631251元的维修费发票。

---

* 王旭东,男,浙江六和律师事务所专职律师,著有《交通事故赔偿争议处理法律依据与案例指导》(中国法制出版社2009年5月第1版)一书。

2009年4月13日，浙江六和律师事务所接受胡某委托，指派王旭东、陈志远律师代理胡某，向法院提起诉讼，诉请：1. 判令夏某、彭某连带赔偿胡某车辆修理费631251元、车辆贬值损失200000元、律师代理费24000元，共计855251元；2. 判令甲公司对夏某的赔偿责任负连带赔偿责任；3. 判令A保险公司在交强险责任限额2000元范围内对胡某承担赔付责任；4. 判令B保险公司在交强险责任限额2000元范围内对胡某承担赔付责任；5. 案件诉讼费用由夏某、某甲公司、彭某承担。

审理判决

一审期间，经胡某申请，法院委托评估公司对丙车修理后在二手市场变现的贬值情况进行评估。该公司于2009年8月27日出具资产评估咨询报告，评估咨询结论为丙车在评估咨询基准日2009年5月18日在二手车市场的贬值损失为16万～26万元。评估过程中，胡某向该公司提供了丙车在修理完毕后的检修记录，2009年3月24日检修"方向严重向左偏"、"四轮吃胎严重"、"右前门关闭不紧"；2009年4月6日检修"四轮定位"；2009年6月15日检修"140码左右放开方向盘会跑偏"、"后轮胎略有吃胎—四轮定位"、"后备厢受潮"等。修理后行驶二月左右，因后轮胎磨胎严重，胡某已经更换后轮胎。

胡某在诉讼期间增加请求车辆评估费11000元。

一审另查明，夏某为甲公司员工，事故发生时正在执行职务期间。

一审法院经2009年10月15日、11月6日两次开庭审理，于同年11月11日做出一审判决：

被告夏某与彭某分别承担事故主要和次要责任，本院确定其对原告限额外的损失分别承担70%和30%的赔偿责任，同时原告的损失系两人的共同侵权行为造成，两人应当对对方的赔偿款项承担连带责任。夏某在执行职务期间致人损害，应由其所在法人即某甲公司承担赔偿责任。

被告认为原告修理费用超过评估结论，并且修理单位与发票开具单位不同，对于超过部分不同意赔偿。本院认为，原告的车辆属于高档轿车，在国内的存有量较少，维修单位也相应较少，对于车辆维修单位的选择具有较大局限性，虽然发票出具单位不同，但修理单位已出具了证明，原告也实际支付了维修费用，此非原告方的过错，故原告请求赔偿车辆修理费631251元，本院予以支持。

原告的车辆为刚购买不久的新车，因本起交通事故受到较严重的损坏，

虽经修理仍很难恢复到事故前具有的性能,在汽车交易市场上,发生过交通事故的车辆估价显然比无事故车辆要低,这一差额是车辆因交通事故导致的损失,应当由赔偿义务人按责进行赔偿。原告的车辆经鉴定实际贬值损失16万～26万元,原告要求赔偿20万元合理合法,本院予以支持。

……

综上所述,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、第一百十七条第二款及《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条的规定,判决:

一、被告A保险公司于本判决生效之日起十日内偿付原告胡某2000元;

二、被告B保险公司于本判决生效之日起十日内偿付原告胡某2000元;

三、被告甲公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告胡某车辆修理费631251元、贬值损失200000元,合计831251元,扣除财产损失限额4000元后余额827251元的70%,计579075.70元;

四、被告甲公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告胡某评估费11000元的70%,计7700元;

五、被告彭某于本判决生效之日起十日内赔偿原告胡某车辆修理费631251元、贬值损失200000元,合计831251元,扣除财产损失限额4000元后余额827251元的30%,计248175.30元;

六、被告彭某于本判决生效之日起十日内赔偿原告胡某评估费11000元的30%,计3300元;

七、被告甲公司与彭某对对方应偿付的款项互相承担连带赔偿责任;

八、驳回原告胡某的其他诉讼请求。

案件受理费12463元,减半收取6231.50元,由原告胡某负担120元(已付),被告甲公司、彭某负担6111.50元。

一审判决后,甲公司及彭某不服判决,向中级人民法院提起上诉。

二审期间,上诉人甲公司、彭某及被上诉人胡某一致确认,丙车发生的实际"维修明细"与A保险公司对车辆进行定损的"项目清单"相比较,除了配件部分多出右后轮胎一项之外,其余均多在工时费方面,其他项目基本一致。

中级人民法院经开庭审理,经合议庭评议后,作出终审判决:

被上诉人胡某的车辆在事故中受损,导致车辆维修,实际发生维修费

631251 元。胡某遭受的该项财产损失，系由本次事故引起，该实际维修费高于保险公司的定损额，并非胡某所能左右，其也没有不当地扩大费用，因此事故的责任方应该按照实际发生的金额进行赔偿。对于贬值损失，原审的分析意见并无不当，本院予以确认。有关贬值数额，已经由法院依法委托相应资质机构进行评估，评估结构显示该车在二手车市场的贬值损失为 16 万～26 万元，故对胡某要求赔偿 20 万元贬值费损失的诉请，原审予以支持，并无不当。……据此，按照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款(一)项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费 13763 元，由上诉人甲公司负担 12463 元，上诉人彭某负担 1300 元。

经典评析

本案的主要争议焦点是胡某主张莎拉蒂轿车被撞后车辆贬值损失 20 万元是否应予支持。

关于车辆贬值费是否应予支持的问题，有反对方也有支持方。司法实践中有支持的案例，也有不支持的案例。相对而言还是不支持的案例较多，当然每个案例的具体情况可能并不一样，并不能说谁对谁错。归纳一下，不支持的理由和情形主要是：(1)缺乏明确的法律依据；(2)贬值损失属间接损失，交通事故侵权人只赔偿直接损失；(3)车辆受损部位不是车辆核心部位，经修复车辆性能并未下降，使用价值并未降低[①]；(4)评估只针对二手车交易时被撞的车辆价值降低值进行，而诉讼时如交易尚未实际发生，原告方的损失也尚未实际产生，原告方也可能一直不交易，即损失具有不确定性；(5)车辆为普通物品，其主要功能在于发挥汽车的使用价值，对该财产的损失判断应以使用价值为基本标准，一般情况下交易价值不能作为认定车辆因交通事故贬值的客观依据。[②] 而支持贬值费的理由和情形主要是：(1)《民法通则》第一百零六条第二款规定："公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。"因此，车辆贬值损失只要符合《民法》上损失赔偿的构成要件，能够作为一种《民法》上损失进行认定，

① 在广东省珠海市中级人民法院(2007)珠中法民一终字第 235 号民事判决书中，二审法院不支持车辆贬值费的理由之一即为：涉案车辆在交通事故中受损后，经过修理，主要更换了前杠、左前大灯、仪表台壳、气袋、气袋电脑和游丝、后桥左前坐椅气阀等，上述更换部件主要属于车辆的外表及附件，未涉及发动机等关键部位，受损车辆经过修复后使用功能已经基本恢复原状，孙某(一审原告)亦未主张车辆的安全性及驾驶性能受到损害和影响，因此，可以认定经过维修后，涉案车辆的使用价值没有明显降低。故撤销原审支持贬值损失 26582.18 元的判决。

② 见广东省珠海市中级人民法院(2007)珠中法民一终字第 235 号民事判决书。

就应该受到法律的保护[1]。(2)《民法通则》第一百十七条第二款规定:"损坏国家的、集体的财产或者他人财产的,应该恢复原状或折价赔偿。"因此,车辆贬值损失属于无法恢复原状情况下的折价赔偿,恢复原状并不简单地体现为车辆受损部件的修复或更换,还包括使用性能的恢复,某些情况下即使更换部件也无法使车辆性能完全恢复到被撞前的状态[2]。(3)贬值损失属于直接损失。(4)车辆价格较高,刚购买不久,被撞比较严重。(5)贬值损失已经依法评估。

针对本案,一审支持原告贬值损失的理由有以下几点:(1)车辆为刚购买不久的新车;(2)因本起交通事故受到较严重的损坏;(3)虽经修理仍很难恢复到事故前具有的性能;(4)在汽车交易市场,发生过交通事故的车辆估值比无事故车辆要低,而这一差额是车辆因交通事故导致的损失,应当由侵权人赔偿;(5)贬值损失已经依法鉴定。纵观上述理由,一审法院支持原告贬值损失的首要一点,显然是认为车辆虽经修理仍很难恢复到事故前具有的性能,即车辆使用性能已无法完全恢复,原告在诉状中也重点强调了这点,举证时也紧紧围绕该点。其次,一审法院支持原告贬值损失也是基于车辆交易价值被降低的客观事实,及该交易价值的降低与交通事故有直接的因果关系。

关于车辆贬值费的问题,经常会接到事故当事人的咨询,已是一个经常会遇到、无法回避和忽视的重要法律问题,但由于在浙江省司法实践中,支持贬值费的案例极少,全国范围内也并不多,因此,在答复当事人的咨询时,本人总是很谨慎地回答"一般不予支持"、"新车、高档车、受损严重的可以试试",当事人听了这样的答复后总是无法理解,觉得"很冤",因为当你跟当事人解释"间接损失法律不予保护"时,普通老百姓是无法理解的。

关于车辆贬值费,本人认为,目前不管是支持也好、不支持也好,均存在一些需要解决的法律问题:

在支持贬值费的情况下,一是如何解决车辆贬值费涉嫌属于"间接损失"的问题,及交易价值的损失在不交易的情况下并未真正体现出来。换言之,交易价值的损失具有一定不确定性,法律无法支持不完全确定的损失。

---

① 见四川省成都市中级人民法院(2007)成民终字第1613号民事判决书。

② 在四川省成都市中级人民法院(2007)成民终字第1613号民事判决书中,二审法院即认为所涉车辆因交通事故受到的损害虽然在一定范围得到修理,但该修理并不能等同于车辆的完全复原。依据《评估报告》,涉案车辆在事故后虽经维修但并未完全恢复到原车的使用性能、安全性能等要求,即已达不到原值的状态,其汽车的自身价值在事故后已发生了实际意义上的贬值是客观存在的事实。故支持贬值损失191100元。

二是即使在车辆实际使用性能有所降低的情况下，评估机构事实上也无法对这种降低值进行货币化量化，目前现实中的评估均是对交易价值降低的评估值，此情况下法院如何确认贬值金额。

而在不支持贬值费的情况下，也存在着以下一些问题：一是在已经依法评估存在交易价值贬值损失的情况下，法院如以尚未实际发生而不予以支持，那么是否意味着车辆所有人待日后实际交易时可另行主张贬值费？二是法院以贬值费属间接损失不予支持也同样缺乏法律依据。交易价值的损失在车辆被撞时即已产生，出售车辆的行为无非是使交易价值的损失由内而外表现出来，车辆本身交易价值的损失在被撞时即已客观发生并存在，只是对于车主而言，该损失的货币化表现需在交易时才能体现出来而已，如车辆被撞后受损，受损的客观事实在被撞时即已产生，但在未维修之前，车主并不存在修理费的损失，虽然一般车主只有在车辆维修完毕、实际支付了修理费后才能向侵权人主张修理费，但这并不能得出修理费属于间接损失的结论。三是在个别案件中，新车、高档车被严重撞击，虽经修理，但使用性能或多或少确实出现一定的下降，如车辆的稳定性、舒适性、安全性，在这样的情况下，如不支持贬值费的请求显然不符合侵权法的“损失完全弥补原则”，对受害人有失公平。

最后，本人认为，对于车辆贬值费，法院不应当一刀切不支持，应当有条件支持，逐步放宽。理由如下：

1. 贬值费属于“间接损失”的定论理由并不充分，法律依据也不明确。如上所述，使用性能的降低完全属于直接损失，交易价值的降低也可以理解为直接损失。而实践中，购买车辆虽然主要是为了使用，但事实上很少有人将一辆车一直使用到报废为止，更多的是在使用了若干年后在报废之前出售给他人，也就是说交易在绝大部分车辆上是有体现的。

2. 如车辆被撞后出现交易价值损失，即使车主事实上一直不出售车辆，支持贬值费也并不意味着车主获得了不当得利。如车主在车辆被撞前使用的是价值 100 万元的新车，而被撞后交易价值降低至 70 万元，此时车主使用的已经是价值 70 万元的“旧车”，不再是价值 100 万元的新车，虽然被撞前后车辆使用性能一致，但此车已非彼车，车辆交易价值已变化，第三人只愿意花 70 万元买你的“旧车”，车主要重新使用价值 100 万元的新车的话，必须出售 70 万元的旧车，再拿出 30 万元，故其获得的 30 万元贬值费并不是不当得利，如果车主不出售“旧车”的话，其得到的 30 万元贬值费也是以继续使用“旧车”为代价换取的。

3. 被撞车辆是否已经实际交易并不是贬值费支持与否的关键所在。如前所述,如果仅已被撞车辆尚未实际交易为由不支持贬值费的请求,那么是否可以说等车主日后实际交易车辆后可以另行起诉主张贬值费?正如交通事故人身损害赔偿纠纷中的"后续治疗费"一般,在可以确定后续治疗费金额的情况下,现行法律规定是可以判决支持受害人请求的,虽然有可能出现判决后受害人因其他原因死亡等情况,后续治疗费实际并不会发生的可能。同理,在交易损失可以评估确定的情况下,也无理由以尚未实际发生为由不予支持。

4. 在车辆被撞严重,虽经修复,车辆使用性能仍无法完全恢复的情况下,贬值费应予支持。如前所述,车辆使用性能的降低毫无争议属于直接损失,即使该损失无法准确以货币化衡量,但并不能因此为由不支持该种情况下的贬值费,正如精神损害抚慰金无法准确以货币化量化,法官可根据个案情况自由裁量。

5."损失完全弥补原则"是侵权法的根本原则、最重要的原则,不管是使用价值受损也好,交易价值受损也好,物品的价值因侵权人的侵权行为而受损,理应给予恢复。如交易价值受损因交易行为尚未发生而暂不予补偿,则日后当受害人交易车辆时,交易价值受损体现出来时如何救济?法律如置之不理,有失公平,也违背侵权法的"损失完全弥补原则"。

6. 一概支持贬值费也不符合实际情况。在特定的法律背景下,法律保护的触角长度总是有限的。正如司法实践中,在处理人身损害赔偿纠纷时,精神损害抚慰金的运用也是有一定条件和限度的,只有在受害人造成严重精神损害或残疾时才予以考虑。如你虽然在动手术过程中、治疗过程中实实在在遭受了痛苦,但经治疗后已完全康复,法律并不会支持你的精神损害抚慰金请求。关于贬值费也有一定的相似性,贬值不明显或影响不大的,可考虑不予支持。当然,相信随着法治的进步,一个国家法律保护的触角总会越来越长。

当免责条款无效后

——马某诉某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部财产保险合同纠纷案评析

徐 涛*

案情简介

马某自2008年9月3日向某某财产保险股份有限公司投保车辆损失险，投保车辆为马某名下的别克车，保险金额为83800元。在签订保单的过程中，某某财产保险股份有限公司的保险业务员代办了一切手续，包括马某在保单上的签字，也由该业务员代签。

2008年10月10日，马某家人马甲驾驶该车辆行至某某高架某某立交段时发生车辆燃烧事故，造成车辆完全损坏报废。马甲在第一时间将该事故电话通知了保险公司，保险公司派出人员前往事故现场进行了实地勘察，并对相关情况做了书面记录。

随后，马某向某某财产保险股份有限公司进行索赔，但保险公司认为当天的事故属于车辆自燃，而保险合同的免责条款中约定自燃不包括在车辆损失险中，因此拒绝理赔。

在得到保险公司如此答复后，马某才以网络搜索的方式找出了保险合同的格式文本仔细阅读，发现保险合同背面一堆密密麻麻的小字中确实以免责条款的形式列明了"车辆自燃"不属于车辆损失险的赔偿范围。但在此之前，保险公司从未就相关免责条款向马某进行过说明解释。

2008年11月22日，马某以财产保险合同纠纷为由，将某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部告上法庭，请求法院依法判决某某财产保险股份有限公司支付马某车辆保险赔偿金计人民币83800元。

某某市某某区人民法院开庭审理此案后，组织双方进行了调解，但由于双方在赔偿金额上的差距过大，调解未果。该法院于2009年4月27日对

* 徐涛，男，专业从事金融、公司等方面的法律业务，浙江浙联律师事务所专职律师。

该案作出一审判决,以“自燃”不属于“火灾”为由,认定自燃不属于车辆损失险的保险范围,因此判决驳回原告马某的诉讼请求。

马某不服一审判决,于2009年5月12日向某某市中级人民法院提起上诉。某某市中级人民法院于2009年9月20日作出二审判决:驳回上诉,维持原判。

马某不服二审判决,向某某省高级人民法院进行申诉。

争议焦点

一、车辆的立体燃烧是否属于自燃?

二、车辆损失险的免责条款是否有效?

三、在免责条款无效的情况下,自燃是否属于车辆损失险的保险范围?

审理判决

一审法院判决认为:

马某向某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部交付了车辆损失险等险种的保费,足以证实马某向某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部投保车辆损失险等险种的意思表示明确,某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部也向马某出具了保险单,据此,马某与某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部之间的保险合同关系依法成立并生效。

保险条款对车辆损失险等投保险种所作的规定是确定双方权利义务的合同依据。本案中马某投保的车辆发生立体燃烧的事故是否属于车辆损失险规定的赔偿范围。从保险条款中可以看出,在保险车辆发生火灾时,属于保险公司应当赔偿的范围,因此,本案中保险车辆所发生的立体燃烧是否属于该保险条款中规定的“火灾”是双方争议的焦点。从保险条款本身对火灾的定义看,首先火灾的原因是保险车辆以外的原因所引起的,本案中保险车辆起火是在车辆行驶的过程中发生的,根据当时车辆驾驶人的陈述,车辆起火并没有外界原因;在本案诉讼过程中,也没有证据证明保险车辆起火是车辆以外的原因所致。其次,火灾发生在时间和空间上具有不可控制性,对火灾所发生的损失的范围也具有不确定性和不可预见性。而本案中保险车辆的立体燃烧仅限于车辆本身,不符合该项特征;再次,保险条款对于“火灾”的定义符合普通人对于火灾的理解,应当予以采信。综上,本案中保险车辆的立体燃烧不属于车辆损失险条款中规定的“火灾”。

本案中,没有证据证明某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营

业部向马某履行了告知义务，因此车辆损失险中的免责条款不产生效力。

但是，由于本案中保险车辆的立体燃烧不属于车辆损失险条款中规定的"火灾"，即本次燃烧事故本就不在车辆损失险的承保范围之内，车辆损失险的免责条款是否有效跟本案无关。

综上所述，依照《中华人民共和国保险法》第二条，第十六条第一款、第五款，第十七条，《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》第二条之规定，判决驳回马某的诉讼请求。

二审法院判决认为：

根据本案所涉机动车商业保险条款中车辆损失险第一条规定，保险公司对因火灾、爆炸、按照保险合同约定为非营业企业或机关车辆的自燃造成的保险车辆的损失负责赔偿。本案事故发生后，保险公司作出涉案车辆燃烧事故属自燃的认定，马某对该认定虽有异议，但却不能提供相关证据予以反驳，故原审法院根据对事故发生的相关证据所确认的事实、保险条款对自燃的解释及普通人对自燃的理解，认定本案所涉车辆发生自燃并无不当。因自燃损失险属机动车商业保险条款所规定的已投保车辆损失险的车辆可投保的附加险，而马某未能投保自燃损失险，故保险公司因马某未投保自燃损失险而拒赔的抗辩主张成立。

综上，本案所涉保险事故不属于马某投保的车辆损失险的赔偿范围，马某要求某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部支付车辆保险赔偿金的上诉请求不成立。

经典评析

一、车辆的立体燃烧是否属于自燃？

根据1998年9月1日起实施的《中华人民共和国消防法》第三十九条的规定："火灾扑灭后，公安消防机构有权根据需要封闭火灾现场，负责调查、认定火灾原因，核定火灾损失，查明火灾事故责任"。同时2008年10月28日通过并于2009年5月1日实施的《中华人民共和国消防法》第五十一条第三款规定："公安机关消防机构根据火灾现场勘验、调查情况和有关的检验、鉴定意见，及时制作火灾事故认定书，作为处理火灾事故的证据"。以及公安部颁布的《火灾事故调查规定》第六条的规定："火灾事故的调查由公安消防机构负责实施。火灾的发生原因必须由公安消防机构负责调查确定，其他机构没有对事故原因进行鉴定的权力，其鉴定结果也不能作为法律

依据”。

结合本案,在 2008 年 10 月 10 日投保车辆发生燃烧后,消防中队出警并出具的事故证明材料上,对当时的事故只是认定了“立体燃烧”。立体形态的燃烧涵盖了包括“火灾”、“自燃”等几乎全部的燃烧形式,根本没有将该事故鉴定为“自燃”事件。被告没有权利脱离消防机构的认定,单方面以一家之言对投保车辆的燃烧性质进行认定。从被告的保险业务员要求原告填写的《机动车辆保险索赔申请书》中可以看出,被告在未经任何调查及消防部门认定的情况下,即在开始提问时就直接认定了车辆“自燃”。

因此,被告对于该事故属于“车辆自燃”的认定结论没有任何的事实和法律依据。

同时,在原告目前所看到的被告提供的“保险条款”中对于“自燃”的相关表述,其内容中并不是说排除了外界因素后车辆的起火都属于“自燃”,而被告在没有证据能够证明投保车辆是因何种原因起火的情况下,就直接简单引用“车辆自燃”的免责条款拒绝理赔,是于理于法无据的。

二、车辆损失险的免责条款是否有效?

根据《保险法》第十八条的规定,保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的,保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明,未明确说明的,该条款不产生效力。因此,保险人对保险合同中的免责条款是否尽到了“明确说明”的义务,以及是否有证据证明进行了“明确说明”,是保险人能否援引该免责条款的前提。

保监会保监办复〔2003〕92 号关于《机动车辆保险条款》的性质等有关问题的批复,对关于告知义务的说明认为,《保险法》和《合同法》在规定有关说明义务的同时,并没有具体规定说明义务的履行方式,但一般来说,仅仅采用将保险条款送交投保人阅读的方式,不构成对说明义务的履行。保险公司应当根据保险合同签订的具体情况,采用适当、充分的方式明确提示投保人,尽量使其明确合同中责任免除条款的内容,确保投保人的利益不受损害。保险公司的行为是否构成了对说明义务的履行,由司法机关或仲裁机构依法认定。

同时 2000 年 1 月 21 日最高法院法研〔2000〕5 号批复中,致甘肃省人民法院:你院甘高法研 1999 第 6 号《关于金昌市旅游局诉中保财产保险公司金川区支公司保险赔偿一案的请示报告》收悉,经研究,答复如下:《中华人民共和国保险法》第十七条规定:“保险合同中规定有保险责任免除条款

的，保险人应该向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不发生法律效力。这里所规定的“明确说明”是指保险人在与投保人签订保险合同之前或者签订保险合同之时，对于保险合同中所约定的免责条款，除了在保险单上提示投保人注意外，还应当对有关免责条款的概念、内容及其法律后果等，以书面或者口头形式向投保人或其代理人作出解释，以使投保人明了该条款的真实含义和法律后果。”

那么，保险人应当怎样向投保人履行“明确说明”的法定义务？最高人民法院公布的《关于人民法院审理保险纠纷案件若干问题的解释(征求意见稿)》第十一条对保险人关于责任免除条款进行明确说明的要求规定为：“保险法第十八条中的‘明确说明’是指，保险人在与投保人签订保险合同时，对于保险合同中所约定的有关保险人责任免除条款，应当在保险单或者其他保险凭证上对有关免责条款做出足以引起投保人注意的提示，并且应当对有关免责条款的内容以书面或口头形式向投保人做出解释。保险人对是否履行了明确说明义务承担举证责任。保险合同中免责条款本身，不能证明保险人履行了说明义务。保险公司的分支机构与投保人订立保险合同，不因其他分支机构已与该投保人订立有同类保险合同而可以不履行保险法第十八条规定的‘明确说明’义务。”

而在本案中，按被告投保要求必须由投保人签字的投保单并非由投保人签填，被告业务员只是在了解原告投保人资料后，自行填写并代签，因此，根本没有就保险合同的内容(特别是保险人责任免除条款)向投保人进行必要的说明解释等特别告知义务(即保险人履行明确说明义务)。在此后被告交付保险单(抄本)收取保费的过程中，同样不仅不附保险条款，更未提供保险单合同，对其中所涉及的免责条款的概念、内容及其法律后果等解释更无从谈起。

再则，被告即使将保险单上的保险条款交给投保人或让投保人自己去阅读其中的免责条款，也并不是保险人履行了“明确说明”义务的合法、有效手段，更何况被告在庭上提供的该份保险单背面附的“保险条款”是用如此密密麻麻的小字堆积而成，免责条款部分也没有进行任何的强调突出标注，非专业的普通投保人很难对这样一份保险条款进行阅读理解，而且该份保险单上没有任何原告的签收以及对保险员进行免责条款解释的签字确认。

被告在庭上仅举出这份并非原告亲笔签名的保单来证明其履行了“明示告知”的义务，显然是不能得到法律支持的。

一审法院对于这一事实也进行了确认，因此在判决书中认定“免责条款

无效”。而二审法院则跳过了对该项争议焦点的判决，直接以投保了车辆损失险后依旧可以投保自燃险为由，判决“自燃”不属于车辆损失险赔偿范围，显然是不合理的。

三、在免责条款无效的情况下，自燃是否属于车辆损失险的保险范围？

法院对于本案车辆的立体燃烧是否属于车辆损失险中的“火灾”的这一认识，成为原告败诉的根本原因。笔者作为原告代理人，在一审开庭以前从未想到这一观点会成为本案争议焦点甚至成为左右本案判决的最为重要的因素。

从这个争议焦点的本质上来讲，这并非一个法律问题，而是法院对于一个名词的理解问题。

一审法院认为本案车辆的立体燃烧属于“自燃”，而“自燃”不属于火灾，所谓火灾则必须是大范围的很多物品燃烧的灾害，单单一辆车的燃烧不是火灾。但笔者认为，一般人对于火灾的理解，就是物体因燃烧造成的损失，至于引起火灾的原因是“自燃“还是其他外界因素，与事故是否属于火灾无关。但是，一审法院认为火灾必须是因为外界因素引起物体的燃烧所造成的损失，并直接认定这一观点为普通人对于火灾的理解。这其实完全是法院对于火灾的一家之言，至于究竟何者为普通人对于火灾的观点，完全无法考证。



没签合同，定金还能返还吗？

——戴某某诉杭州某五金公司租赁合同纠纷一案评析

马幼蓝*

案情简介

原告：戴某某

被告：杭州某五金城有限公司

2006年11月18日，原告戴某某与被告杭州某五金城有限公司经过协商后签订《商铺预定协议》一份，协议约定了原告向被告租赁商铺一间，其中商铺的具体坐落位置、面积，租赁的价格等都予以明确，同时约定2006年12月5日前原告与被告商洽签订《商铺经营租赁合同》，租期从2006年12月7日起计算。如原告未按承诺日期与被告商洽签订《商铺租赁经营合同》，所交定金不予退还，被告有权另行租赁。协议签订后，原告依约支付了4000元定金。后原告依约前去被告处协商有关合同细节准备签订《商铺租赁经营合同》。但被告知由于一些原因，被告无法在2006年12月7日开张，具体开张时间再行通知，故合同签订时间相应延后。2007年5月2日，被告向原告发出《通知函》，要求原告于5月8日前去五金城签订租赁合同。原告去被告处后因与被告就租赁合同内容不能达成一致意见，未签约。被告同意签约时间保留至5月10日上午10时。此后双方屡次协商，但因对租赁合同的某些条款及需要补充的内容存在不同意见，最终未能达成一致意见，也没有签订《商铺租赁经营合同》。原告要求解除定金协议，退还已收取的4000元，遭到被告的拒绝。无奈原告诉至法院，要求解除定金协议，返还定金。审理期间被告提起反诉，要求原告赔偿1万元损失。

---

* 马幼蓝，女，浙江浙联律师事务所专职律师。

案件焦点

在庭审过程中原、被告观点对立,原告主张其是正当行使权利与被告协商合同条款,原告所交纳的定金应当返还;被告则认为原告是恶意磋商,故意违约,因此应当没收定金。

审理判决

一审法院采纳了原告代理律师的意见,认为原被告就租赁合同具体条款协商不一,导致无法商洽签订商铺租赁经营合同,原告租赁商铺进行经营活动的合同目的不能实现,要求解除《商铺预定协议》、返还定金的诉请,理由正当,应予支持。而被告反诉原告恶意磋商,给其造成一定的经济损失并请求赔偿的诉请,缺乏证据,不予支持。

一审判决后,被告不服,向中级法院提起上诉,认为一审判决事实不清、证据不足,判决违反法律规定。主要理由是:原告未签租赁合同已构成违约,法院应当适用《担保法》,没收定金。二审法院经开庭审理后认为未签订正式租赁协议系具体条款协商不一造成,非因一方当事人违约造成,所以维持原判。

数天后,被告向省高级人民法院提起再审申请,并被受理。最后省高级人民法院经审查后作出维持原审法院判决,驳回被告申请的裁定。

经典评析

综观整个案件,案情其实是非常简单的,即原告签订了定金合同,支付定金,后来没有签订《租赁合同》,要求返还定金,被告不同意,还要求原告赔偿其损失。但就是这样一个简单的案件,被告对法院的判决一直不服,致使案件经历了一审二审再审三次审判。那么,这个案件的关键点究竟是什么呢?我认为是原告在签订了《定金协议》后对于即将签订的《商铺经营租赁合同》内容是否有商议权,该商议权是否与被告是同等的。这是定金最后是否被没收的关键所在。

定金的含义是指合同当事人为确保合同的履行,依据法律规定或者当事人双方的约定,由当事人一方在合同订立时,或订立后、履行前,按合同标的额的一定比例,预先给付对方当事人的金钱或其他代替物。定金属于金钱担保。根据《合同法》及《担保法》规定:交付定金的一方违约,定金没收;收取定金的一方违约,定金双倍返还。作为原告的代理律师,我认为本案不能简单地适用上述规定。原、被告之间的《租赁合同》是平等民事主体之间

签订的合同，根据《民法通则》的基本原则，签订合同双方的权利和义务是平等的。因此，虽然合同是被告提供的格式合同，每一个承租户都是参照该格式合同标准来签订合同的，但是对于合同的具体条款作为每一个承租人都有权提出异议，有权要求变更。并不能因为是格式合同为由就否定合同另一方的商议权，相反，如果格式合同中有歧义的条款还应当作不利于格式合同起草方解释。所以显而易见，原告享有租赁合同的商议权是毋庸置疑的。既然原告有商议权，与被告对合同的内容协商不一致，并非原告过错，不属于原告违约，原告当然有权要求退还定金。被告所引用的《合同法》及《担保法》"定金没收原则"，该立法本意是对有过错的一方当事人进行处罚，当双方当事人均未有过错的情况下，当然不应适用上述定金罚则了。

那么，被告提出反诉要求原告赔偿的理由是基于什么呢？首先，被告认为其与原告的《商铺预定协议》因原告未能在 12 月 5 日签订《商铺经营租赁合同》终止，定金已经没收，再次协商的是被告发出的新要约，为了尽可能满足原告的要求，被告一直为原告保留商铺，但是由于原告的恶意磋商，导致被告丧失了将该商铺出租给他人的机会，所以要求原告赔偿其损失。

本代理律师认为被告的观点是无法立足的。本案中的定金的性质是立约定金，是为了保障双方在约定的期限洽谈正式合同而交付的定金。而本案中双方当事人已经在约定时间内进行了洽谈合同事宜，因此该定金已经发挥了它的作用，约束了双方当事人。原告依约定期限到对方指定地点洽谈准备签订商铺租赁合同的行为恰恰表明履行了认购书中约定的洽谈签约义务，至于双方对租赁合同中的一些条款经洽谈后始终不能达成一致意见，双方才未能签订租赁合同，原告并无过错。被告的两个错误观点被一一驳斥：其一，2006 年 12 月 5 日未签订《商铺经营租赁合同》是被告无法按时开业造成的，非原告原因。合同的签约时间实际已被变更。且被告后给原告的《通知函》内明确"已下定金的商户尊请您……"即说明被告对原告已经支付定金的有效性是认可的，并非如被告所称的已经被没收。所以该《通知函》并非新要约，而仅仅只是要求原告签约的通知，是原要约的延续。其二，被告认为原告对格式合同提出异议就是恶意磋商观点，明显违背了我国《民法通则》和《合同法》的规定。原告与被告是平等的民事主体关系，当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，应当遵循自愿公平的原则。预定协议作为商铺租赁预定合同，只是表明双方对租赁达成意向，预定协议没有约定的条款还需双方进一步协商，被告提供的《商铺租赁合同》，是其单方的意思表示，任何一个承租人有权对合同条款提出修改意见，如果提出对

格式条款有异议就要被视作恶意磋商,那么被告实在是强盗逻辑。其三,被告反诉要求原告赔偿其损失没有法律依据,原告行使的是正当权利,没有过错。经营本身就存在风险,不能因为在协商过程中丧失了与他人的签约机会,要求原告承担损失。签订了《预订协议书》,最终无法签订正式合同的纠纷在房地产买卖中是屡见不鲜的。所以最高人民法院在《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中明确了"出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的,如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同,因不可归责于当事人双方的事由,导致商品房买卖合同未能订立的,出卖人应当将定金返还买受人。"本案虽然不是房地产买卖合同纠纷,但是所支付的定金性质及所起的作用是一样的,由于是不可归责于当事人双方的事由,不能签订租赁合同的,出租人同样也应当返还定金。

现在由于签订预订协议,但是不能签订合同而导致定金没收的纠纷也是屡见不鲜。从这个案例可以看出,并非不签订正式的合同就会当然没收定金,主要还要看案件的具体情况。值得注意的是,类似案件一定要保存好相应的证据,否则一旦超过签约的日期,就无法证明究竟是对合同不能协商一致还是其中一方单方违约。像本案的当事人由于在整个合同协商过程中,把出租方要求签订合同、延期开张、另约签订合同通知、主张对合同条款的异议等等证据都保存下来,才能让整个案件的事实审查清楚。所以在纠纷发生前,对各种证据的保存也是相当重要的。

被代位人的主体地位与证据认定

——某咨询公司诉某水泥公司代位权纠纷一案评析

陆云良*

案情简介

2008年5月7日，某市某咨询公司(下称咨询公司)向法院提起代位权诉讼。咨询公司诉称，某省高级人民法院作出的民事判决，由刘某等人向原告咨询公司偿还借款本金500万元、利息10.5万元及其违约金，浙江景宁某水电公司(下称水电公司)承担连带责任。该判决已发生法律效力，并由某市中级人民法院立案执行。执行过程中，被执行人均未履行义务。另外，咨询公司获悉水电公司曾以预付水泥款名义汇入被告浙江某水泥有限公司(下称水泥公司)账户80万元，但双方未进行水泥买卖，水泥公司也未将该款退回水电公司。为此，咨询公司要求判令水泥公司向咨询公司代位清偿水电公司对自己所负债务80万元。

本案经一审判决，认定代位权不成立，驳回原告咨询公司的全部诉讼请求。后咨询公司不服提起上诉，法院经二审判决撤销原审判决，认定代位权成立，并认定案外人骆某某已领取本案所涉80万元无法律依据，不能对抗咨询公司的代位权，该行为的法律后果应当由水泥公司承受，故改判被上诉人水泥公司向上诉人咨询公司支付人民币80万元。

本案二审生效判决作出后，水泥公司和案外人骆某某不服二审判决，向某省人民检察院提起申诉。省检察院审查后，向某省高级人民法院提起抗诉。省高级法院经审查后立案提审并作出终审判决，依法撤销中院民事判决，维持一审判决。

---

* 陆云良，男，浙江浙联律师事务所专职律师。

争议焦点

在本案中，代位权人咨询公司认为被代位权人水电公司向水泥公司汇入 80 万元事实清楚，因被代位权人董事长董某某犯罪被拘束而怠于行使债权，故依法代位行使权利。水泥公司认为，被代位权人水电公司汇入本公司的 80 万元款项并非水泥预付款，而是被代位权人水电公司因欠案外第三人骆某某 80 万元借款而要求本公司转付的款项，且案外第三人骆某某已领取该款项，被代位权人水电公司对本公司根本不享有到期债权，故代位权人咨询公司的代位权依法不能成立。根据双方以上观点和主张，本案的争议焦点是代位权人咨询公司的代位权是否成立？被代位权人水电公司对水泥公司是否享有到期债权 80 万元？

审理判决

一审法院认为，咨询公司因与水电公司之间存在债权债务关系，具备代位权行使的条件，其提起代位权诉讼符合法律规定。本案的关键在于水电公司对水泥公司享有债权是否真实、是否超过诉讼时效。根据当事人据以主张的事实和理由，本院经审理认为，现有证据证明水电公司汇入水泥公司的这笔款项是用于归还骆某某的债务的，作为水电公司的董事长董某某对这一事实是无异议的，至于其归还骆某某的债务是其个人所欠还是水电公司所欠与本案无关。退一步讲，即便水泥公司向骆某某付款没有征得水电公司同意，但水电公司自 2003 年汇款给水泥公司后，就一直未要求水泥公司交付水泥，也未要求水泥公司返还该款，这有悖常理，若现主张要求支付该款已超过诉讼时效。因此，咨询公司提出要求代位行使水电公司的债权的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院不予以支持。水泥公司提出水电公司与其债权债务纠纷已超过诉讼时效的抗辩理由成立。为此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、第六十四条，《中华人民共和国合同法》第七十三条及《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条，判决驳回咨询公司的全部诉讼请求。

二审判决认为，水电公司支付水泥公司水泥预付款 80 万元事实清楚，之后水电公司与水泥公司未形成水泥买卖行为，该债权一直延续未发生变化，水泥公司擅自处置该债权的法律后果应由其承受，不会产生债权的消亡。水泥预付款未约定履行期间，双方也未发生水泥买卖行为，属无确定期限的债权，水电公司可随时主张返还，从其主张之日起，债权转化为到期债权，诉讼时效开始起算。从证据上看，2007 年 1 月 17 日，本院执行局向水

电公司董某某制作的谈话笔录，董某某已明确表示要求法院追回该款。诉讼时效的起算点及债权到期日，均为 2007 年 1 月 17 日，故水电公司享有水泥公司的到期债权，该债权未过诉讼时效。根据《中华人民共和国合同法》第七十三条规定，咨询公司行使代位权的法律要件已具备。理由是：咨询公司享有水电公司到期合法债权；水电公司处于瘫痪状态，法定代表人董某某因犯罪判刑，现在服刑期间，水电公司无能力行使自己的权利，故水电公司怠于行使自己权利事实成立；水电公司怠于行使其权利的行为可能会产生到期债权不能实现的后果。水泥公司以本案讼争 80 万元水泥预付款已支付给骆某某，认为该债权已消亡的抗辩理由不能成立。因为，本案讼争 80 万元的水泥预付款的性质及权属是明确的，除水电公司授权同意相抵其他债权债务外，不得改变其本身的权属性质。骆某某是否享有水电公司债权，应另案处理。水泥公司将水电公司的 80 万元水泥预付款支付给骆某某的行为无法律依据，不能对抗咨询公司行使代位权，该行为的法律后果应由水泥公司承受。故咨询公司提起代位诉讼符合法律规定。故咨询公司代位行使权力（原判决书为“权力”，应为“权利”，笔者注）的范围应以水电公司享有水泥公司的债权为限，即 80 万元。综上，原审法院认定事实有误，导致判决结果错误，对此应予改判。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项、《中华人民共和国合同法》第七十三条之规定，判决：一、撤销一审民事判决；二、被上诉人水泥公司在本判决生效后 10 日内支付上诉人咨询公司代位原审第三人水电公司的水泥预付款 80 万元。本判决为终审判决。

再审法院认为，本案是咨询公司代位水电公司向水泥公司主张债权的代位权纠纷。因各方当事人对咨询公司与水电公司之间的债权债务关系、骆某某与水电公司之间 80 万元的债务关系、水电公司支付给水泥公司 80 万元的债权债务关系、水泥公司又将该 80 万元支付给骆某某等相关事实均无异议，故本案再审的争议焦点为水电公司与水泥公司之间是否存在着 80 万元债权债务关系，该债权债务关系是否已消灭。

关于 80 万元款项的性质。咨询公司认为水电公司 2004 年汇入水泥公司账户 80 万元的会计账单、记账凭证和电汇凭证对水泥公司以及董某某自述均表明该款项为水泥预付款，系水电公司对水泥公司享有的债权。水泥公司则认为，该款实际为水电公司归还骆某某的欠款，水电公司的单方说法不能作为确认案件涉款性质的依据。本院认为，根据已查明的事实可知，水电公司的账务凭证和董某某的陈述虽称该款为水泥预付款，但水电公司向



水泥公司支付该款项时,水泥公司并未生产水泥,双方之间也未订立水泥购销合同。因此,水电公司预付 80 万元水泥款不合乎日常交易习惯,且如案涉款项确系购买水泥的预付款,则水电公司在水泥公司一直未交付相关货物、双方未就水泥购置有进一步进展的情况下,在长达四年时间内不向水泥公司主张交付水泥或返还该款项显然有悖常理。由此可知,水电公司支付水泥公司 80 万元款项的实际用途与其预付水泥款的名义不符。

关于水泥公司将案涉 80 万元支付给骆某某的行为。水泥公司认为是替水电公司归还骆某某的债务,其与水电公司就这 80 万元关系已消灭。咨询公司则认为水泥公司是无权代替水电公司进行处分,且处分后并未得到水电公司的追认,水电公司法定代表人董某某在中级人民法院执行人员所做的两次笔录中都表明水泥公司无权处分并要求追回该款项。对此,本院认为,从各方提供的证据来看,水电公司董事长董某某在不同时期用不同的方式对案涉 80 万元作出过不同的意思表示。董某某第一次作出意思表示是在本案诉讼发生前的 2007 年 10 月骆某某诉董某某夫妇民间借贷诉讼案中。在该案中,董某某认为本案争议的 80 万元款项水电公司已经通过水泥公司归还给骆某某。对董某某的这一自认,可确认本案争议的 80 万元款项水泥公司是以水电公司的债务支付给骆某某,水泥公司的行为代表了水电公司的意思表示。虽然董某某在 2008 年中级人民法院执行人员调查时改变其先前的说法,否认了水泥公司的支付行为,但其没有对这一改变作出合理的解释或提供相应的证据,且这一改变是在 2008 年中级人民法院执行人员调查询问中被动作出,此时距水泥公司首次支付给骆某某钱款已逾 4 年之久,而水电公司是明知水泥公司的该行为但始终未提出异议。因此本院认为应采信董某某最先的即在 20 号案中的意思表示,认定水泥公司将案涉 80 万元支付给骆某某的行为是得到水电公司的授权,或者视为水电公司事后追认的行为,据此水泥公司与水电公司的债权债务关系已消灭。

综上,本院认为,水泥公司将案涉 80 万元款项支付给骆某某的行为是得到了水电公司的授权或事后追认,水泥公司的支付行为所产生的后果应由水电公司承担。因此水电公司与水泥公司之间的债权债务关系已消灭,咨询公司以水电公司债权人的身份向水泥公司行使代位权没有事实和法律依据。原二审判决认定事实和适用法律错误,应予纠正。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条第一款、第一百五十三条第一款第(三)项之规定,判决如下:一、撤销中级人民法院民事判决;二、维持一审法院民事判决。本判决为终审判决。

经典评析

本案是一个相当典型的代位权纠纷案件。代位权纠纷所涉及的法律关系往往比较多,涉及的案件事实比较复杂。笔者作为案外第三人骆某某的代理人体会较深的是三点:一是要理清案件所涉及的诸多法律关系;二是根据案件事实理清焦点问题;三是抓住代位权人与被代位权人在法律地位上的一致性,阐述证据采信的规则。

一、在代位权诉讼中,首先要理清案件所涉及的法律关系

在代位权诉讼中,一般都会涉及代位权人、被代位权人和债务人三个法律主体。在本案中,不仅涉及上述三个法律主体,即咨询公司、水电公司和水泥公司,另外还涉及案外第三人骆某某。在本案中,主要涉及以下五个方面的法律关系:一是咨询公司与水泥公司的代位权关系;二是咨询公司与水电公司的债权债务关系;三是水电公司与水泥公司之间的债权债务关系;四是水电公司与案外第三人骆某某之间的债权债务关系;五是水泥公司与案外第三人骆某某之间的债权债务关系。这五个法律关系交错在一起,使得本案的法律关系和所涉及的事实与法律问题变得相当复杂,也使得本案的法律主体和法律关系较之于一般的代位权纠纷还要复杂得多。因此,要代理好本案,切实维护好当事人的合法权益,首先要理清案件所涉及的法律关系。

二、廓清焦点问题,是本案再审胜诉的关键

在民事诉讼中,焦点问题概括得好不好,抓得准不准,直接关系到能否全面、客观地提示案件事实,直接关系到法律能否准确适用的问题。特别是在如本案这样涉及的主体、法律关系及事实均比较复杂的代位权诉讼中,廓清焦点问题,然后根据焦点问题展开阐述,显得十分的重要。

本人代理的案外第三人骆某某的法律地位,处于所有法律关系的末端。该当事人要依法维护自己的合法权益,必然要对全案的法律关系和事实展开全面的阐述,这样才能提示出其合法权益的事实与法律依据。为此,在代理过程中,我们将案件由综合到具体分出了五个层级的焦点问题:一级争议焦点是,代位权人咨询公司的代位权是否成立?二级争议焦点为,被代位权人水电公司对水泥公司是否享有到期债权 80 万元?三级争议焦点是,本案案外人五年前即已从水泥公司领取的 80 万元是否具有合法依据?四级争

议焦点是,本案所涉及的80万元究竟是水电公司向案外人骆某某偿还借款而由水泥公司转付的款项,还是代位权人所说的水电公司预付给水泥公司的水泥预付款?五级争议焦点是,二审判决改判的理由依法是否能够成立?当然,在代理过程中,就焦点问题的阐述则要倒过来进行。即先否定二审判决的理由,然后,在此阐述过程中逐个阐述和廓清其他焦点问题,使二审判决在事实认定和法律适用上的错误明白无误地展现,同时使案外第三人权益的合法性得以维护。

三、有关代位权人与被代位权人法律地位一致性的阐述,是本案代理中的最大亮点

在本案中,代位权人行使代位权的基本依据有两个方面。一是代位权对被代位权人经判决确认享有的债权文书;二是被代位权人对水泥公司享有债权的证据,主要是被代位权人的内部账册、被代位权人向水泥公司的汇款凭据和中院执行局对被代位人董事长董某某的笔录等。有关代位权人对被代位权人享有债权、水泥公司曾收到被代位权人80万元汇款以及被代位权人曾欠案外人骆某某80万元债务,这些法律事实各方并无争议。但是,被代位权人内部账册是否具有证据效力,被代位权人董某某在中院的笔录中陈述是否依法可以采信等问题,成为本案最根本的焦点问题。因为,如果上述证据及董某某的陈述得以采信,则水泥公司向骆某某支付80万元的行为就不具有合法依据,代位权人向水泥公司代位追索80万元债权就得以成立。否则,即不能成立。

在本案中,被代位权人内部账册显示,其于几年前汇入水泥公司的80万元系"水泥预付款",且被代位权人的董事长董某某在法院笔录中陈述该款项系"水泥预付款",水泥公司没有向其交付相应的水泥,故同意代位权人代位追索。二审法院直接认定上述证据,并据此判决代位权成立。笔者认为,在代位权诉讼中,我们经常忽视了一个基本的法律和法理问题,即被代位权人与代位权人在法律地位和主体利益上的一致性。本案二审判决将被代位权人的内部账册及其董事长董某某的陈述作为直接可采信的客观证据使用,即是造成本案错判的根本原因所在。在本案的代理过程中,将充分阐述代位权人与被代位权人在法律地位和主体利益上的一致性,作为代理过程中法律适用的重点,从而使二审判决的错误得以清晰显现。

笔者认为,在本案中,代位权人咨询公司的诉权系代位被代位权人水电公司而取得。故代位权人代位权的行使必须以被代位权人的诉讼权利和实

体权利为限，并受到其约束。同样，在证据采信时，必须充分考虑被代位权人水电公司与代位权人咨询公司在诉讼地位和主体利益上的一致性，不能直接将被代位权人水电公司的单方证据和陈述作为证明代位权人咨询公司主张的客观证据使用。在司法实践中，因为被代位权人被代位后，人们往往将被代位权人的法律地位客观化了，看不到即使被代位权人被代位后，其法律地位及主体利益仍然应界定于与代位权人同一的"原告"地位，不能将被代位权人的地位客观化，进而直接采信代位权人从被代位权人处所取得的债权凭据及其他证据，这在司法实践中成为一个经常被忽视的误区。显然，本案二审法院对水电公司出具的单方会计账单，以及水电公司的法定代表人董某某在有关案件中的陈述等证据的采信上，没有充分考虑到这一问题，致使本案在法律适用上发生了根本性的错误。

笔者感到，有关代位权人与被代位权人法律地位一致性的阐述，是本案代理中最大的法理亮点，是本案再审胜诉的根本原因所在。对这一法理问题的探讨，有利于在今后司法实践中廓清有关代位权纠纷中容易忽视的一个重大误区。这也是笔者撰写本文的根本目的之所在。

交通事故无法认定机动车一方被判担九责

——宋某诉王某、出租车公司、保险公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案评析

宋桂明*

案情简介

原告宋某

被告王某

被告某出租车有限公司

被告某财产保险公司安吉支公司

2008年7月31日,被告王某驾驶被告某出租车有限公司所有的轿车从杭州驶往安吉,在途经某加油站路段时与原告宋某驾驶的三轮车发生碰撞,造成原告严重受伤。后经交通警察大队认定被告王某系超速行驶,原告驾驶未登记的三轮车上路行驶,但未能认定事故责任。2009年3月30日,原告经司法鉴定,其于2008年7月31日交通事故中所受之伤评定为一项柒级伤残,二项拾级伤残。

原告起诉提出四项请求分别是:

1. 请求法院判令第一被告与第二被告赔偿原告医疗费26500.60元、误工费25609.50元、护理费10800元、交通费893.2元、住宿费3600元、住院伙食补助费1350元、营养费20000元、残疾赔偿金199997.60元、被扶养人生活费82459.52元、精神抚慰金50000元、鉴定费3500元,共计424710.42元;

2. 请求法院判令第三被告在第三者责任强制保险责任限额范围内承担先行赔付责任;

3. 请求法院判令第一被告与第二被告互负连带责任;

4. 本案诉讼费用由被告承担。

* 宋桂明,男,浙江圣港律师事务所专职律师。

争议焦点

一、原告是否有交通违法行为及与损害的因果关系

被告认为根据原告提交的证据来看，原告存在以下交通违法行为：(1)非机动车驶人机动车道；(2)驾驶没有办理相关登记手续的非机动车上路行驶；(3)随意变更车道。因此，被告认为上述违法行为是造成涉案事故的主要原因，原告应负事故主要责任。

原告认为，被告所称的第(1)(3)违法行为，并无事实依据，交警部门的案卷中也无相关证据证明，且在诉讼中，被告也未提交任何证据证明原告存在上述交通违法行为。根据原告代理人的现场查看，事发的具体时间为凌晨2时40分，且机动车道与非机动车道有花坛隔离，按照日常生活经验法则，原告不可能驶入机动车道。

二、原告的交通违法行为与事故赔偿责任的比例

被告认为原告上述三项违法行为是造成涉案事故的主要原因，应负事故主要责任。

原告认为：根据《道路交通安全法》第七十六条第一款第二项“(二)机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任”之规定，明确了在道路交通事故中，机动车一方造成损害，非机动车驾驶人或者行人有过错的，应当根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任。其中特别是规定“适当”减轻责任，具有重要含义，这就是在机动车交通事故中，适用优者危险负担规则，即使是按照过错程度确定减轻机动车一方的赔偿责任，那么机动车一方也应当承担超过其过错程度的“适当”责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二条第一款明确规定：受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照《民法通则》第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。

很明显，从上文的分析来看，原被告基于法律规定所负有的义务是不一



样的,在被告存在重大过失(违反高度的注意义务及回避义务),而受害人只有一般过失的情况下,是不减轻被告的赔偿责任的。因为原被告双方非属同质可以比较的过失。原告驾驶未登记的三轮车,但此违法行为与交通事故的发生没有因果关系。因此,被告应当对此次事故负全部责任。

三、被告的交通违法行为与事故赔偿责任的比例

被告认为被告王某的违法超速行为是造成涉案事故的次要原因,应负事故次要责任。

原告认为被告王某的交通违法行为至少包括以下几个方面:

第一,被告驾驶车辆超速行驶(70km/h)。

第二,被告驾驶车辆在夜间行驶,以及遇有雨等气象条件时,没有降低行驶速度。

第三,被告驾驶车辆在通过交叉路口时没有减速慢行。

第四,被告驾驶车辆在行经人行横道时,没有减速行驶。

第五,信号灯为持续闪烁的黄灯,被告没有在确认安全后通过。

以上被告王某的交通违法行为事实清楚,证据确凿充分,是造成本次事故的根本原因,与损害结果具有直接的因果关系。原告驾驶未登记的三轮车,但此违法行为与交通事故的发生没有因果关系。因此,被告应当对此次事故负全部责任。

四、原告的残疾赔偿金按城镇标准还是按农村标准计算

被告认为原告属农业户口,且生活在农村,残疾赔偿金应按农村标准。而且原告提交的暂住证中的地址也是在农村。

原告认为,原告虽然属于农业户口,但在城镇居住已有一年以上,工作生活均在城镇,应按城镇标准计算残疾赔偿金。暂住证的地址中虽有“村”字,但并不是有“村”字的地址就属于农村。

审理判决

一审判决

法院认为:《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条规定:“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的,由保险公司在机动车第三责任强制保险责任限额范围内予以赔偿;不足部分,按照下列规定承担赔偿责任:……(二)机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故,非机动车

驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任”。原告的损失首先由被告保险公司在交强险责任限额122000元范围内承担赔偿责任；不足部分，由被告王某与原告按责承担。被告王某驾驶车辆在雨天夜间超速行驶，导致与原告骑行的三轮车发生碰撞，该事故经公安交警部门调查，未能认定事故责任。而被告未能提交相应证据证明原告对事故发生存在过错，故应由被告王某对原告的损失承担赔偿责任。鉴于原告的三轮车未按规定登记即上路行驶，自身存在一定过错，可适当减轻被告王某的赔偿责任。被告王某应承担90%的赔偿责任，原告自负10%。因被告王某系被告出租车公司的雇员，其应承担的赔偿责任由出租车公司转承。关于原告的损失确认：……原告居住、生活在城镇，收入来源于城镇，其残疾赔偿金依据伤残等级，按照本地区上一年度城镇居民人均可支配收入计算20年，计199997.60元；……。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百二十八条，《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、第一百一十九条，《中华人民共和国道路交通安全法》第四十二条第一款、第七十六条第一款，《浙江省实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第二十二条第一款，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条、第二十一条、第二十二条、第二十三条、第二十四条、第二十五条、第二十八条之规定，判决如下：

一、被告某财产保险公司安吉支公司赔偿原告宋某122000元，于本判决生效之日起三十日内付清；

二、原告宋某因本次交通事故所致的损失：医疗费217835.37元、误工费11787.36元、护理费5400元，交通费844元、住院伙食补助费1350元，残疾赔偿金199997.60元、鉴定费3500元、营养费3000元、被抚养人生活费12446.72元，合计456161.05元，扣除被告某财产保险公司安吉支公司承担的122000元后，余款334161.05元，由被告某出租车有限公司赔偿300744.97元；

三、被告某出租车有限公司赔偿原告宋某精神损害抚慰金20000元；上述第二、三项合计，被告某出租车有限公司应承担的赔偿款为320744.95元，扣除其已支付的191109.27元，尚应支付129635.68元，于本判决生效之日起三十日内付清；

四、驳回原告宋某的其他诉讼请求。

二审判决

一审判决后，被告不服，并向中级人民法院提起上诉。二审法院认为：根据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条之规定，机动车一方承担严格责任，应由机动车一方承担证明非机动车一方违反道路交通安全法律、法规，机动车驾驶人已经采取必要处置措施的举证责任。本案中，交警部门提供的笔录及事故现场图不能排除宋某系在穿越人行横道线时被被告所撞的可能性，交警部门在事故责任认定中也表示三轮车行驶方向未能查清导致事故责任难以划分，故被告主张原告存在非机动车驶入机动车道、随意变更车道的违法行为依据不足，原审法院根据相关证据及道路交通事故的归责原则，认定被告承担90%的赔偿责任并无不当。事故发生时，原告居住、生活在某镇某社区，该事实有暂住证、社区居民委员会证明、房东证明、某某农贸市场证明为证，原审法院按城镇居民标准赔偿残疾赔偿金符合法律规定。

2009年12月22日，中级人民法院作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

经典评析

一、从对方的证据中找出对自己有利的因素

本案中，从被告王某的口供着手分析，被告王某在交警部门作笔录时存在避重就轻现象。

原告代理人注意到了被告王某于2008年7月31日5时35分在交警中队所作的笔录第3页中说道："……我发现前方距我的车10米左右处有一辆三轮车自西南往东北斜首骑过来，我就刹车，想往道路右侧机动车道的慢速车道(靠近道路右侧隔离花坛的车道)开，但慢车道内也有一辆出租车自南往北在行驶，我就驾不过去了，结果，我的车的车头左侧就撞上了三轮车的车头……"2008年9月17日10时20分在交警中队所作的笔录第2页中说道："……我的对向车道有一辆货车自北往南行驶，我就没地方可以驾方向了……"从车速70km/h和车距10米两个数据可以计算判断，被告王某从发现原告到撞击的时间间隔为0.5秒。我们再来看看人体生理的反应时间(从视觉和听觉等感觉器官接受到刺激到作出反应所需的时间)，反应时间可分为简单反应时间(对于一种刺激，只需要一种动作即可完成)和选择反应时间(对于两种以上刺激，需根据不同情

况，经分析判断后采取一个以上动作所需的反应时间)。在实验室条件下，从眼睛到脚(如要求踩下制动踏板)的简单反应时间为0.5秒。更何况本次事故中从被告王某的笔录来看其应属于选择反应时间，且又是在黑夜和下雨的气象条件下，该反应时间应大大超过0.5秒。从这些数据来看，被告王某在当时根本没有时间来考虑或者做其在笔录中所讲到的行为，因此，我们有理由认为：第一，被告在当时没有采取有效的必要的处置措施。第二，被告王某的部分陈述自相矛盾，不属实。我们有理由相信，被告当时的车速很有可能超过70km/h。

这一点分析，代理人相信虽然不能直接证明被告当时的车速是80km/h、90km/h甚至以上，但可以直接影响法官在审理此案时所做的判断，特别是对原被告双方责任的划分起到非常重要的作用。

二、证据无法穷尽，代理人应在最大限度范围内获取与案件有关的全部证据

代理人在办理本案过程中，就原被告双方责任比例划分及原告的城镇标准进行了大量的取证工作。本案的事故责任是无法认定，在本案起诉之前，代理人直接找到了处理此案的民警，并就事故发生的原因进行了多次当面交流。同时，代理人也多次查看了事故现场，从而获取了大量的第一手材料及感性认识，为原告的主张提供了充足的证据材料。

关于原告残疾赔偿金的计算依据问题，虽然有些法院放宽了要求，只要能证明在城镇居住一年以上的即可参照城镇标准。但有些法院除了要证明在城镇居住一年以上的条件外，还要证明工作也在城镇。这使本案又陷入困境，因为本案的原告是在菜场外做水果零售生意并无具体的摊位。于是代理人多次来到菜场调查，经过调查了解，在菜场外做水果零售生意的个人虽没有具体摊位，但每天要向市场管理部门上交固定的卫生管理费。从这一点着手，代理人取到了相关证据，从而为原告争取到了残疾赔偿金按城镇标准计算的有利结果。

三、事故责任无法认定的交通事故类案件中，代理人对事故现场的感性认识非常重要

本案中，第一，代理人在事故现场看到机动车道与非机动车道之间由隔离花坛隔离且事故发生的具体时间为凌晨2时40分，从这两点来看，原告不可能驶入机动车道，因为一旦驶入机动车道将无法在较短时间内驶入非

机动车道,且当时的时间段机动车道经常有机动车行驶,而在非机动车道却空无一人,原告不可能弃空无一人的非机动车道而选择经常有机动车行驶的机动车道。这可以从常理和日常生活经验法则判断。第二,从原告提交的证据《道路交通事故现场图》来看,拖鞋的位置在人行横道上,很明显,原告被撞击的地点就在人行横道上。这也可以看出被告王某的笔录存在自相矛盾的地方,因为被告王某的笔录(2008 年 9 月 17 日 10 时 20 分在交警中队所作)称是在离北侧人行横道北端 1 米左右被撞,按被告王某的说法,拖鞋的位置应在北侧人行横道北端 1 米之外,因为被撞后要么掉落在撞击点的地方,要么基于惯掉落在撞击点前方,不可能掉落在撞击点后方。

四、交通事故赔偿责任中所遵循的"优者危险负担原则"

优者危险负担原则,是指在难以分清双方各自的过错责任的情况下,考虑双方对道路交通安全注意义务的轻重,按机动车辆危险性的大小以及危险回避能力的优劣,分配交通事故的赔偿责任。实行优者危险负担原则,是为了贯彻公平责任原则,合理分配责任负担,体现了现代法治"抑强扶弱"的基本精神。本案中,被告车辆无论在速度、硬度、重量、大小及对他人的危险性上,均较原告驾驶的三轮车具有更大的优势,作为相对优者,被告在驾驶过程中应具有更高的避险义务,应当履行的注意义务就更重。因此,被告应负本次事故的全部赔偿责任。

五、交通事故赔偿案件中不可忽略的情理因素

原告代理人在法庭辩论阶段也提到,本事故发生后,被告确实也支付了大部分医疗费,代理人在此也代表当事人对此表示感谢。但本次事故给原告及其家庭不仅造成物质上的巨大损失,同时造成了巨大精神痛苦,为了能够得到赔偿款以便更好地进行治疗,原告不得不诉诸法院。本所在收案后,本代理人进行了走访和调查,杭交警中队经办人也提到本次事故认定还未作出,原告的医疗费用就已近 20 万元。医生也跟原告家属告知,原告的病情若控制不好还会有生命危险。这对于一个 6 个人口家庭来讲不仅意味着在已经失去了唯一的经济支柱情况下,还有可能失去一个精神寄托。另一方面,根据被告提交的证据来看,被告车辆投保了限额为 50 万元的第三者责任保险,这也为被告的赔偿提供了保障。基于这样的特殊情况,我们也恳请法院从原告的实际困难出发,尽可能最大限度地保护受害人的合法权益。

通过本案的办理,代理人也深深地体会到了,代理人的作用对于当事人

来讲是不可替代的。这让我想起了一句名言:无论何时,律师应当绝对无畏于外部的压力和内心的怯懦。在大多数情况下,律师是其当事人命运的把握者,律师的神圣之手掌握着其当事人的财产、生命和自由。



论经营场所的安保义务之界定

——杭州某黄金海岸被告故意伤害致死赔偿案评析

杨繁华*

案情简介

原告:丁某某、张某某、张某某、沈某某

被告:杭州某某娱乐有限公司

2007年12月26日晚,张某某在杭州某娱乐有限公司的黄金海岸酒吧消费。次日凌晨3时许,因抢话筒发生争执遭王某某持话筒猛击头部,在场被告人员把张某某带到后门后,又被王某某等人在被告后门处和消防通道内殴打。张某某终因头部遭钝性外力作用至严重颅脑损伤经医院抢救无效于2007年12月29日死亡。

案发后,王某某等加害人被逮捕并依法提起公诉,原告也依法对加害人提起刑事附带民事诉讼。法院于2008年9月10日判决王某某赔偿原告4万元,其他三加害人各赔偿原告2万元并负连带责任。但四加害人均没有赔偿。

2008年12月,原告根据《消费者权益保护法》以及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的相关规定,以被告违反安全保障义务为由,提起消费合同违约之诉,要求赔偿原告医疗费、丧葬费、死亡赔偿金、被赡养人生活费等共计人民币55万余元。

争议焦点

本案焦点问题:其一,本案原告已对加害人提起刑事附带民事诉讼,又以消费合同纠纷对被告提起违约之诉是否属于一案两诉?其二,被告是否应承担违约赔偿责任?其三,张某某是否有过错,应否承担相应责任?其

* 杨繁华,男,浙江大学经济法学硕士,北京德恒律师事务所杭州分所专职律师。

四,加害人已赔偿的情况下,被告的赔偿责任是否应该扣减?

审理判决

一审判决认为,第一,关于原告的起诉是否违反一事不再理原则。原告对加害人提起刑事附带民事诉讼,而在本案中对被告提起合同之诉,两案的法律关系不同、诉讼对象不同,并不违反一事不再理的原则。第二,关于被告是否因未尽到合理限度范围内的安全保障义务而应承担违约责任。受害人在被告开办的黄金海岸消费,双方形成服务合同关系。经营者的安全保障义务系法定义务。本案中,认定被告是否违约,关键在于被告作为经营者在履行合同义务的过程中,是否履行了合同所附随的安全保障义务。首先,受害人与加害人等人产生纠纷系因受害人争抢加害人手中的话筒所致,被被告的相关人员护送出后门后受害人执意返回,未及时离开,故受害人自身存在一定过错。其次,受害人的死亡后果是由加害人等人的故意伤害行为直接造成,并非由被告自身的经营行为或经营设施存在缺陷造成,而被告对第三人危险行为的预防能力必然弱于对其自身经营行为的掌控能力,第三人的侵害行为对被告而言属于意外事件,正常情况下难以预见或预防。第三,根据在场人在公安机关笔录中的陈述,加害人等人与受害人发生纠纷后并无争执过程,加害人等人随即追逐受害人对其实施殴打,事发突然且持续时间短(仅一、两分钟),被告的工作人员难以迅速作出反应,这使得被告阻止伤害行为、防止伤害后果的可能性和有效性大大降低。第四,在加害人最初用话筒击伤受害人后,即有服务员向被告的董事长报告情况并报警;同时,被告的键盘手、服务员立即护送受害人走出后门,准备让其离开被告处,加害人等人追至后门时,键盘手进行了阻拦;加害人等人殴打受害人后准备离开时,被告的董事长对其进行了阻拦,亦被打伤。随后赶到的民警及巡防队员进行抓捕时也遭到抵抗并受伤。期间,有人拨打了120,急救车在民警准备离开时已到场。上述行为表明,被告的工作人员在事发后已积极采取了与其实际能力相适应的及时、得当的措施。综合上述因素,应当认为被告已尽到了合理限度内的安全保障义务,并不存在违约情形。故原告要求被告承担违约赔偿责任的请求缺乏事实依据,原审法院不予支持。综上,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,判决:

驳回原告的诉讼请求。案件受理费由原告负担。

原告不服上诉称:1.一审判决认定受害人有过错,该认定错误。本案是

被上诉人疏于管理,引起加害人从受害人处抢夺话筒,最终致使受害人被殴致死。2.本案被上诉人作为从事娱乐经营活动的经营者,超规定营业时间违法经营,在提供服务时疏于服务、管理,未能提供安全的消费场所,保障消费者的人身安全,导致受害人被殴打致死,应承担赔偿责任。3.本案的事实是:在从抢夺话筒发生纠纷到受害人被殴打致死长达几十分钟的时间里,没有任何保安人员出现,来阻止纠纷和殴打;事件发生整个过程,被上诉人工作人员不仅没有及时阻止,防止纠纷及损害发生,在受害人被殴打致死的过程中反而是放任损害的发生;本案发生在被上诉人违法经营期间;本案被上诉人虽有补救行为,但是,并没有履行安保义务。上诉人认为一审判决认定事实错误,判决错误,要求二审法院依法改判。

二审判决认为,本案双方当事人对于2007年12月27日凌晨受害人在新思维黄金海岸消费时,与加害人等人发生争执,继而发生殴打,致受害人死亡的事实均无异议,本院予以确认。基于该损害事实,作为受害人的继承人,即可向加害人等人主张侵权赔偿责任,并依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第六条的规定,向被上诉人主张补充赔偿责任。同时,也可依据受害人与被上诉人形成的娱乐服务合同关系,向被上诉人主张违约责任。因此,基于同一法律事实,产生了请求权竞合的情形。根据《中华人民共和国合同法》第一百二十二条之规定,允许当事人在该两种请求权中进行选择,即选择其中一个诉因提起诉讼。而本案的上诉人已在加害人等人的刑事案件中,附带民事诉讼,向加害人等人主张了民事侵权赔偿责任,该案中也已判决加害人等人赔偿本案的上诉人共计10万元。而现在上诉人就同一事件的损失再次以合同违约之诉向法院提起诉讼,缺乏法律依据,故本院对上诉人的上诉理由不予支持。综上所述,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费,由原告负担。

经典评析

(一)焦点问题一:就同一人身伤害对加害人提起侵权之诉,对经营场所提起违约之诉是否构成一案两诉?

对此问题,被告的抗辩为,原告已就张某某人身伤害提起侵权之诉,且获得赔偿,不应再就同一伤害再次提出赔偿,否则构成一案两诉。

笔者认为，本案并非一案两诉，不适用“一事不再理”的原则。

我国民事诉讼法上的“一事不再理”中的“一事”，是指前后两个诉讼必须为同一事。只有同一事件，才受“一事不再理”的限制。所谓同一事件，是指同一当事人，基于同一法律关系而提出的同一诉讼请求。同一法律关系，指产生当事人争议的诉讼标的的法律关系(法律事实)；同一请求是指当事人请求法院作出判决的内容相同。

而本案与刑事附带民事诉讼法律关系和诉讼请求不同：前一个法律关系为张某某与加害人王某某等人之间的人身损害赔偿法律关系，诉讼请求也是人身损害赔偿；本案为张某某与被告消费合同法律关系，诉讼请求为违约赔偿。当事人、法律关系，请求权基础及诉讼请求均不同。因此，本案不适用“一事不再理”原则，当然不构成一案两诉。

二审判决认为，张某某伤害致死案从民事的角度构成侵权与违约的竞合。根据法律规定，上诉人有权选择侵权或违约起诉，但不能同时主张，不能在选择侵权之诉后又以违约来起诉，故本案应予驳回。

笔者认为，该判决混淆涉案当事人和不同的法律关系。本案对加害人而言仅仅构成侵权，加害人与被害人没有合同关系，不存在违约之说，当然也不存在侵权与违约的竞合。对被告而言，被告与被害人有消费合同关系，同时被害人在被告处消费，被告有保障消费者人身安全的义务，对该义务的违反，既构成侵权又构成违约，才产生侵权与违约的竞合，在此情况下，原告有权选择侵权或违约起诉。而本案原告并没有对被告提起侵权之诉，当然不存在已选择其一的情况。原告选择违约之诉当然符合法律规定。

(二)焦点问题二：消费者遭受第三人侵权损害，被告是否应承担违约赔偿责任?

本案原告方认为，被告作为从事娱乐经营活动的经营者，超规定营业时间违法经营，在提供服务时疏于服务、管理，未能提供安全的消费场所，保障受害人的人身安全，导致受害人被殴打致死，应承担赔偿责任。

被告抗辩理由为，受害人系遭受第三人侵权损害，被告经营设施本身没有安全隐患和问题，被告也没有能力制止暴徒行凶，况且纠纷初起时，被告采取了劝受害人离开的措施，已经尽了合同义务，故无违约行为，当然不承担违约责任。

笔者认为，本案被告没有提供安全的消费环境和服务，没有尽到安全保障义务，导致受害人被殴致死，应承担违约赔偿责任。

《消费者权益保护法》第七条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服

务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务,符合保障人身、财产安全的要求。"上述规定虽没有明确服务环境不安全对消费者造成伤害的问题,但从立法精神和立法意图解释,经营者提供的服务应该是广泛的,安全的消费环境是必不可少的,当然属于服务的一部分。《消费者权益保护法》第十八条、第二十二条亦规定,经营者应保证提供的商品及消费场所的安全。

《中华人民共和国合同法》第六十条第二款规定:"当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"被告作为消费与服务合同中的经营者,除应该全面履行合同约定的义务外,还应当依照《合同法》第六十条的规定,履行保护消费者人身、财产不受非法侵害的附随义务。为了履行这一附随义务,经营者必须根据本行业的性质、特点和条件,随时、谨慎地注意保护消费者的人身、财产安全。经营者对其从事经营的场所具有他人不可比拟的控制能力。他最了解整个场所的实际情况、预见可能发生的危险和损害,并且最有可能采取必要的措施防止损害的发生或使之减轻。该义务是一种法定义务。

被告作为提供现场酒精饮品的场所,较之其他娱乐场所更易发生纠纷及危害消费者人身、财产安全的事件。被告经营者应承担比一般娱乐场所更严格的安全保障义务。这既是其行业特点也是常识。被告作为经营者也很清楚,在被告经营场所内会经常发生此类纠纷。

《娱乐场所管理条例》第二十条规定:"娱乐场所的法定代表人或者主要负责人应当对娱乐场所的消防安全和其他安全负责。"第二十六条规定:"娱乐场所应当与保安服务企业签订保安服务合同,配备专业保安人员;不得聘用其他人员从事保安工作。"

因此,被告负有提供安全的消费场所和服务,保障消费者安全的义务。被告亦应当按照法律规定,配备保安人员,及时劝阻、防止纠纷及损害发生。

但本案的事实是:

(1)本案的起因是被告对被告服务设施"话筒"疏于管理、服务,导致第三人(加害人)从被害人处抢走话筒,由此产生纠纷。

(2)在从抢夺话筒发生纠纷到被害人被殴打致死的过程中,没有任何保安人员出现,来阻止纠纷。

(3)事件发生整个过程,被告工作人员不仅没有及时劝阻、防止纠纷及损害发生,在被害人被殴打致死的过程中反而只求自保、放任损害的发生。

(4)本案发生在被告违法经营期间。根据《娱乐场所管理条例》第二十

八条规定："每日凌晨 2 时至上午 8 时，娱乐场所不得营业。"被告应在 2 时就停止营业。但案发时已 3 时许，被告尚在营业，属违法经营。被告为了营利，违法延长营业时间也是导致本案发生的一个客观因素。

综上，被告虽采取了一些措施，但是并没有完全履行合同义务。本案被告超规定时间违法经营，管理不善，没有按规定配备保安，在发生争执时，保安未及时劝阻，被告员工明知被害人有危险的情况下，将被害人丢弃到无出口的消防通道，并旁观放任被害人被殴打致死的整个过程。被告没有履行安保义务是显而易见的事实。

（三）焦点问题三：本案受害人有没有过错？

被告对此抗辩理由是，受害人自身有过错，包括争抢话筒和发现危险时没有及时离开，故应当自负责任。

笔者认为，被告的此抗辩理由是不能成立的。

1. 本案的起因是被告对被告服务设施"话筒"疏于管理、服务，导致加害人从被害人处抢走话筒，由此产生纠纷，并酿成被害人被殴致死的后果。加害人在笔录中供述："……想唱歌，找被告的主持、服务员要话筒，没人理会我的要求，我一转身刚好看到有个人拿着话筒站在我们沙发后面，我就从他手里把话筒抢了过来，他没说话，就伸手想把话筒从我手上拿回去，我把手往后一撤，没让他摸到话筒，我还对他说"抢什么"，这时王红军看到这个情况，就站起来骂他，那个人还是没说话也再没伸手来拿，我当时很生气，用右手拿着话筒上身趴在沙发上把话筒打在他左脸上，话筒掉在了地上。"被告提供娱乐经营服务，疏于服务，也未对话筒进行有效管理，导致加害人从被害人处抢夺话筒。在加害人抢走话筒后，没有及时劝阻，导致纠纷升级，最终导致被害人被殴致死。

2. 本案的起因系加害人从被害人处抢走话筒。被害人将被抢走的话筒拿回来并不存在任何过错。被害人在整个纠纷过程中没有言辞挑衅，也没有动手，在被殴打的过程中甚至没有还手，直至被殴打致死。被害人没有过错。

娱乐场所对消费者有安全保障义务，在消费者面临危险的时候，应保障消费者的人身安全，而不是把消费者推出经营场所了事，这将把消费者置于更危险的境地。本案恰恰是被告员工将被害人一人丢在安全通道导致被害人孤立无援被殴打致死。

在当时的情况下，被害人一个人离开极有可能陷入孤立无援被殴打致死的境地。任何一个消费者此时都应该选择要求负有保障他人身安全义务

的经营场所,履行安全保障义务,从而获得保护,而不是冒着孤立无援被殴打致死的危险独自离开。

从法律原理而言,逃避危险的义务在民法理论上称为不真正义务,因为该义务并非法律规定应当履行的义务。没有任何法律规定,受害人在面临危险或侵害时应立即逃避,如未及时逃避,则对损害的发生有过错,应承担责任。故对不真正义务的违反并不构成法律上的义务违反,当然也不能认定为有过错。

(四)焦点问题四:受害人已获赔偿是否可以相应扣减?

被告抗辩理由认为,既然受害人已从加害人处获得赔偿,理应进行相应扣减,否则,即构成重复赔偿,超出法律规定获得额外利益。况且,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定经营者的责任也为补充责任,故本案应进行赔偿扣减。

笔者认为,本案被告不因加害人等人有部分赔偿而相应扣减赔偿。人身损害不同于财产损害。财产损失是有价的可填补的,但人身是无价的,不可填补。例如财产保险存在重复保险的问题,而人身保险则可多次保险,正是基于人身是无价性。本案的法律关系是消费合同法律关系,与加害人等之间的人身损害赔偿法律关系不同,诉讼主体亦不同。被告与加害人并非连带债务人,也非补充责任之承担。故被告不因加害人等人有部分赔偿而相应扣减赔偿。

笔者认为,一审判决以殴打时间长短来论娱乐场所有无责任,伤害时间持续短的,娱乐场所无责,伤害时间持续长的,娱乐场所有责的结论,有失偏颇。二审判决将不同当事人和不同的法律关系糅合在一起,认定对加害人的侵权之诉与对被告的违约之诉构成一审两诉,却又驳回上诉,维持原判,而不是驳回起诉,更值得商榷。但无论如何,本案案情之典型,所涉法律关系之复杂,诉辩双方的诉辩理由,两审法院的观点和判决均具有参考之意义,可资读者研判。

接受遗赠的意思表示应当如何作出?

——侯某诉侯奶、侯父、侯叔、侯姑遗赠纠纷案评析

张　清*

案情简介

原告:侯某

被告:侯奶、侯父、侯叔、侯姑

侯爷系侯父、侯叔、侯姑的父亲,侯奶系侯爷的妻子,侯某系侯爷的孙子、侯父的儿子。侯奶因患脑梗塞后遗症、继发性癫痫等疾病,长期住院治疗。

2004年6月2日,侯爷自书遗嘱一份,称:大塘新村某幢某单元某室,此房只留给侯家根,为侯某结婚用房,与他人无关。侯爷将此遗嘱交于侯父保管,并将此事告知了侯某。但侯叔与侯姑俩对此事并不知情。

2007年6月22日,侯爷因病去世。

2007年7月11日,侯父夫妻、侯叔夫妻和侯姑夫妻等人召开家庭会议,对侯爷的后事进行处理,并达成协议。协议约定:侯爷与侯奶的共有财产全部划归侯奶所有,作为侯奶后期治疗护理的专项资金,并约定将大塘新村某幢某单元某室出租,所得收益计入侯奶治病的专项资金。侯父夫妻、侯叔夫妻和侯姑夫妻均在协议上签字确认,侯奶的兄弟姐妹作为见证人在协议上签字。

2007年4月13日,侯父夫妻搬入大塘新村某幢某单元某室房屋居住。同年6月底放暑假期间,侯某也入住该房屋。同年8月,侯父、侯叔和侯姑之间因该房产问题发生争执,后在公安部门的调解下,侯父一家搬出大塘新村某幢某单元某室房屋。

2009年5月8日,侯孙以侯父、侯叔、侯姑协议将侯爷的财产全部划归

* 张清,男,毕业于浙江大学,专业从事民商法律业务,浙江金浙律师事务所专职律师。

侯奶的行为严重侵犯了他的合法权益为由,以遗嘱继承纠纷之案由将侯奶、侯父、侯叔、侯姑为四被告诉至法院,请求法院确认大塘新村某幢某单元某室房屋的一半产权归其所有。侯某主张自己于 2007 年暑假入住大塘新村某幢某单元某室房屋的行为即已表明其已经作出合法有效的接受遗赠的意思表示,故大塘新村某幢某单元某室房屋的一半产权应归其所有。侯叔与侯姑均称他们根本不知遗赠这回事,即使侯爷确实存在遗赠行为,但侯某也没有在两个月的有效期内作出接受遗赠的意思表示,所以请求法院驳回侯某的诉讼请求。

争议焦点

1. 侯某应向谁作出接受遗赠的意思表示?
2. 侯某应以何种方式作出接受遗赠的意思表示?

审理判决

法院于 2009 年 8 月 15 日、2009 年 9 月 25 日两次公开开庭审理了本案。法院认为,法律规定受遗赠人应当在法定期间内作出接受或放弃受遗赠的意思表示,到期没有表示的,视为放弃接受遗赠。由于受遗赠人是否接受遗赠会对法定继承人能否继承遗产及可继承遗产的范围造成影响,因此,该接受表示应当清楚、明确,并且应当使利害关系人知晓其意思表示。虽然侯某所称的"其以入住房屋作出接受表示"具有可能性,但由于该行为意思过于模糊,不具有唯一确定性,可作出多种意思表示解释。比如解释为:由于侯某为在校学生,生活尚未独立,故返家后到父母居住处生活。而其父侯父在庭审中称"为搞卫生入住房屋"。故仅凭"入住行为",不能当然地推定该行为就是"接受遗赠表示"。况且,在侯家召开家庭会议,侯父、侯叔、侯姑协议将侯爷的遗产全部划归侯奶所有时,侯某作为家庭成员之一,且侯父又是侯某的父亲,始终没有作出明确的接受遗赠的意思表示。故侯某欲证明其作出了"接受遗赠表示",尚需其他证据相佐证。

此案最终以原告侯某撤诉而结案。

经典评析

一、遗赠相关法律及司法解释的规定及对此的分析与比较

《继承法》第二十五条第一款规定:"继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。"第二

款规定："受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃遗赠。"比较第一款与第二款的设置及内容，可以更加清晰地发现《继承法》对继承人与受遗赠人接受和放弃遗产有着截然相反的法律倾向。针对继承人，假如继承人没有明确作出放弃继承遗产的，法律则推定继承人接受继承遗产。而针对受遗赠人，法律先规定一个 2 个月的除斥期间允许受遗赠人选择放弃或者接受遗赠，过期没有表示接受遗赠的，法律直接推定受遗赠人放弃接受遗赠。针对遗产法律对继承人的倾向是接受继承，而对受遗赠人的倾向则为放弃接受遗赠。当继承人或者是受遗赠人想获得法律倾向相反的法律效果，必须通过作为的方式达到。《最高人民法院关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第 47 条对继承人应以何种方式作为才能获得法律倾向相反的法律效果即达到放弃继承的法律效果作出了规定，根据 47 条之规定，"继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或者其他充分证据证明的，也应当认定其有效"。首先，继承人应向其他继承人作出放弃继承的意思表示；其次，继承人原则上应当以书面形式作出放弃继承的意思表示。法律针对继承人放弃继承作出严格的规定，不仅具有合理，符合《继承法》的法律原则，而且可以预防法律纠纷，维系继承人之间的和睦相处。但针对受遗赠人应当如何作为可以获得法律倾向相反的法律效果，法律及相关司法解释却没有作出明确的规定。这一点，一方面可以说明继承法及相关司法解释存在比较明显的漏洞；但从另一方面看，法律毕竟具有滞后性，而且也不可能针对现实情况都做详细的规定。所以只能参照继承法法律精神及原则，比照相关法律条款，明确受遗赠人应当如何作出接受遗赠的意思表示，才能获得接受遗赠的法律效果。

二、参照继承法法律精神及原则，比照相关法律条款，受遗赠人应当以书面形式向各继承人及知悉的利害关系人作出接受遗赠的意思表示，或者以明确的行为方式作出接受遗赠的意思表示且让各继承人及知悉的利害关系人获知，才能获得接受遗赠的法律效果

继承人放弃继承，当被继承人只存在积极财产时，对其他继承人来讲，他们可以获得更多的遗产分配，其他继承人是纯属获益的行为。但法律对继承人放弃继承的方式作出严格的要求，仍具有合理性，继承人明确放弃继承后，其他继承人可以顺利分配遗产，而且他们获得更多的遗产也是合法合理的，不会使遗产处于不稳定状态。并且，其他继承人继承遗产后，共同共

有的遗产转变为个人所有的财产，拥有所有权后，也始终处于稳定状态。这为彼此具有亲属关系的特殊群体，预防彼此之间的纷争，彼此和睦相处打下了预防遗产分配后因遗产而产生纠纷的抗体。当被继承人遗产不仅存在积极遗产，而且存在消极遗产时，继承人放弃继承，不仅对其他继承人产生影响，而且也会影响到遗产利害关系人的利益。相关利害关系人主张权益，应向谁主张、如何主张都会因继承人放弃继承而受影响。所以，法律对继承人应向谁，以及以何种方式作出放弃继承的意思表示都作了严格的规定。

接受遗赠相比放弃继承对继承人及利害关系人的影响更甚，举轻以明重，所以作出接受遗赠的意思表示最起码也应符合继承人作出放弃继承意思表示的要求。否则不仅破坏了法律的体系性，而且有违法律的公平正义。首先，受遗赠人接受遗赠，使继承人不仅不可能分配到更多的遗产，而且可能使继承人少分到甚至分不到任何遗产，这相对于继承人放弃继承是有过之而无不及；其次，受遗赠人接受遗赠，被继承人的利害关系人利益的主张及满足，也同样会受到影响。所以受遗赠人应当以书面形式向各继承人及知悉的利害关系人作出接受遗赠的意思表示，或者以明确的行为方式作出接受遗赠的意思表示且让各继承人及知悉的利害关系人获知，才能获得接受遗赠的法律效果。

三、结合本案，侯某应当以书面形式向侯奶、侯父、侯叔、侯姑及知悉的利害关系人作出接受遗赠的意思表示，或者以明确的行为方式作出接受遗赠的意思表示且让侯奶、侯父、侯叔、侯姑及知悉的利害关系人获知，才能获得接受遗赠的法律效果

在本案中，侯某称“其以入住房屋作出接受表示”，虽然以行为方式可以作出接受遗赠的意思表示具有合理性，但前提是行为方式必须是明确的，而且必须使继承人及利害关系人获知，否则不能产生接受遗赠的法律效果。法院基本采纳了此观点，符合继承法律精神，具有合理性。结合办案实际，受遗赠人为维护自身的合法权益，作出接受遗赠的意思表示时，可以通过特快(普通)邮件向相关人员发函，通过电子邮件向相关人员发函，通过手机短信向相关人员发送信息，通过告知书让各相关人员签字确认都是维护自身利益简便易行的方式，当发生纠纷时也容易举证。相反，通过行为方式作出接受遗赠的意思表示具有一定的风险性。首先，行为具有多重意思表征，从不同的侧面进行理解，可以得出截然相反的意思表示，很难使行为具有明确的、唯一的意思表示。其次，既然是行为，很难证明自己的行为已明确告知

相关人员自己已经作出了接受遗赠的意思表示。综上所述，当受遗赠人拥有接受遗赠的权利时，原则上应当采取书面的形式作出接受遗赠的意思表示，这不仅简便易行，可以节约成本，而且一旦产生纷争时，也容易举证。只有万不得已时方采取行为方式作出接受遗赠的意思表示为宜。



本案涉争合同可否单方解除

——对一起房屋租赁合同纠纷案的评析

袁　园*

案情简介

原告:临安某某塑料化工有限公司　以下简称:临安公司

被告:浙江某某木材科技有限公司　以下简称:浙江公司

原被告双方于2007年4月30日签订了租赁协议,约定原告将约1200平方米的厂房租赁给被告使用,租赁期为三年,租金每半年一付,先付后用。在该合同的第八条,双方约定:"年租金须于当年五月一日前付清。若逾期不付清,甲方(即本案原告)有权终止协议。"第九条,双方约定:"如甲方(即本案原告)单方面终止协议(政府行为除外),甲方应按到书面通知之日的租用时间收取租金,并给乙方(即本案被告)三个月的搬迁期,搬迁期免收租金。如果乙方单方面终止协议,已收租金不返还。"2007年5月21日,双方签订了补充协议,其他条款均未作改动,仅将先前的合同条款第九条修正如下:"如甲方单方面终止协议,甲方应按到书面通知之日的租用时间收取租金,并给乙方三个月的搬迁期,搬迁期免收租金。如果乙方单方面终止协议,甲方已收租金不返还。如果因政府行为双方不得不终止协议,租金按实际租用时间收取。2007年4月30日协议中的第9条也按此条执行。"此后一段时间里,双方均按照合同约定履行该合同。但2008年7月份,因原告单方提出增加租金,而被告不同意,双方遂起争端。之后原告屡次通过各种方式阻扰被告正常生产与经营,被告无奈于2008年9月份发函给原告,要求解除双方签订的租赁合同,原告回函表示不同意解除该合同并要求被告继续履行合同并支付租金,被告在收到原告的回函后发函给原告,再次要求解除双方的合同并将房屋钥匙寄与原告。2008年9月,被告搬离涉案房

* 袁园,男,浙江五星国泰律师事务所专职律师。

屋，也未支付下期房租。2009 年 3 月 20 日，原告以被告未支付房租为由起诉至法院，请求法院判令被告支付房租。

争议焦点

本案的争议焦点即为：合同双方是否具有单方解除合同的权利？这取决于对合同第九条的解释。

审理判决

一审法院经审理后认为："原被告之间签订的租房协议及补充协议系双方在平等、自愿基础上订立的，是双方真实意思表示，合法有效，应受法律保护。被告虽辩称以书面形式通知原告终止了租房协议及补充协议，但根据上述协议内容，原被告仅约定了原告一方终止协议的条件，协议中关于'如甲方单方面终止协议(政府行为除外)，甲方应按到书面通知之日的租用时间收取租金，并给乙方三个月的搬迁期，搬迁期免收租金。如果乙方单方面终止协议，已收租金不返还'的条款，只是对因原被告任何一方原因导致协议终止后所应承担之违约责任的约定，并不是双方对被告一方终止协议条件的约定。在本案中，被告要求终止协议的真实意图是解除合同，根据合同法之规定，当事人协商一致或约定一方解除合同的条件成就时，以及存在法律规定的可以解除合同的情形时，当事人可以解除合同。本案中双方没有约定被告一方解除合同的条件，也不存在法定的解除合同的情形，而被告通知原告要求终止协议时也未得到原告的认可，故不存在双方协商一致同意解除合同的情形，因此被告单方通知原告要求解除合同即终止租房协议的行为是不符合合同约定及法律规定的，对被告的抗辩理由法院不予采信。被告理应按照合同约定期限、金额履行支付租金的义务，现被告逾期不支付租金，损害了原告的合法权益，故原告要求被告支付房屋租金的请求合法，法院予以支持。"

一审判决后，被告不服，向中级人民法院提起上诉。二审法院通过庭中及庭后的大量调解工作，最终使双方当事人达成调解，本案最终以调解结案。

经典评析

此案一审并非笔者代理，因此不便对一审的代理工作妄加评断。一审败诉后，被告聘请笔者作为上诉的代理人。本人在接案后，针对合同条款并结合法院判词作了细致的研究，通过努力，扭转了该案的不利局面。笔者的

代理意见主要为以下几点：

一、对本案合同条款的解释

在对关涉本案判决结果的合同条款第九条即“如甲方单方面终止协议(政府行为除外)，甲方应按到书面通知之日的租用时间收取租金，并给乙方三个月的搬迁期，搬迁期免收租金。如果乙方单方面终止协议，已收租金不返还”(实质上补充协议第八条已取代该条款)的理解与解释上，一审法院认为，该条款只是对因原被告任何一方原因导致协议终止后所应承担之违约责任的约定，并不是双方对被告一方终止协议条件的约定。对此，上诉人认为，该条款无论是从语义上，还是从合同的目的上来看，均是对合同双方主体通过行使合同解除权从而使合同终止的约定，并不仅仅是对任何一方原因导致协议终止后所应承担之违约责任的约定，且该权利是平行与对称的，即双方均享有该权利。

从语义上说，该条款中之“终止”应为动词，意为使合同终止，结合整句话，意为双方均可单方使合同终止，只是未对终止的方式或条件作出具体约定。按照《合同法》第九十一条有关合同终止情形的规定，本案只属于通过解除合同使合同权利义务归于终止的情形。然合同解除无非为约定解除与法定解除，本案即属于约定解除的情形，只是未对解除权行使的条件作出具体约定，而是以“如甲方单方面终止协议，……”与“如乙方单方面终止协议，……”的“如果那么”逻辑表述结构及赋权语句对双方无需任何条件、通过解除合同从而使合同终止的权利作出了约定。

从合同的目的上说，该条款通过约定合同终止善后处理方法，明确了合同双方主体通过提前终止本合同退出合同的途径及弥补方法，即任何一方不论因何原因皆可通过行使合同解除权并承担相应责任的方式使合同得以提前终止，这不同于通常意义上的对合同解除权的约定。因为《合同法》规定了合同主体可以约定解除合同的条件，但对条件本身未作具体限定，这意味着当事方可以约定在任意条件下解除合同，即无条件解除。无论如何，法院总不能限制当事人约定解除权行使的条件并通过行使约定的解除权终止合同吧！本案正是未约定亦未设置具体条件解除合同的情形，同时双方亦约定了合同终止后的善后事宜处理方式，该处理方式在一定意义上表达了以下信息：因本案涉争双方未对合同解除的条件作出具体约定，该条件何时成就或当事人何时行使该权利都是不确定的，但依照诚实信用原则，合同双方对合同的履行却是存在期待的，因一方行使上述权利必然会损害他方的

合理期待，所以该合同条款的下段表述（可视之为补偿条款）即对因一方行使解除权进而对他方造成的损害作出了补救。以上的解释是符合合同本意及目的的，否则合同中约定合同终止条款就是没有意义的了。然而一审法院在对该条款的解释上却断章取义，将此条款仅解释为双方对协议终止后所应承担之违约责任的约定，并不是双方对终止协议条件的约定，这不仅脱离了合同本意，亦曲解了合同法理，其判决结果甚至有强制上诉人在合同解除后继续履行合同的意味。

二、对合同解除权行使产生异议请求法律救济的期限

即便被上诉人对本案合同解除有异议，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十四条及第三十条之规定，其亦应在解除合同通知到达之日起三个月内向人民法院提起诉讼，否则人民法院不予支持。本案上诉人在 2008 年 9 月 28 日、10 月 10 日、10 月 17 日三次以书面方式明确通知被上诉人终止租房协议，而被上诉人在接到该通知后分别予以回复不同意终止，但其直到 2009 年 3 月 20 日才向法院提起诉讼，已然超过三个月。至此，被上诉人对解除合同有异议进而诉请继续履行合同已超出时效，应不能得到法院支持，而一审法院在判决时（此时该司法解释已颁布并生效）根本未适用该条款。



“遗产”之争

——记一起子女对亡父同居财产分割案

刘为平　陈慧梅*

案情简介

原告的父亲张某1996年离异后,1999年开始与被告以夫妻名义同居,并告知家人已经登记结婚。2003年,张某出售同居前的房产,用售房款以低于市场价向其亲戚购置一套二手房,并交由被告办理房屋过户手续。房屋登记信息显示所有人为被告一人。2007年,张某去世。张某去世后,张某的父母、原告与被告就张某遗产的处置进行协商,张某的父母为家庭和睦并考虑被告自称的无房居住的情况与被告协商后制作备忘录。备忘录记载:张某与被告未登记结婚,房屋系张某的亲戚出售给张某及被告,但仅登记在被告一人名下,被告向原告及张某父母交还汽车及股票,房屋归被告,被告向原告支付5万元现金作为补偿。张某父母在备忘录上签字,但原告不同意协商方案未在备忘录上签字,被告也未签字。之后,被告向张某父母支付5万元,归还汽车和股票。2007年12月,被告将房屋以92万元价格出售。因原告不同意上述方案,向法院起诉,要求被告返还售房款所得的一半。

争议焦点

1. 本案的案由是遗产继承纠纷还是财产返还纠纷;
2. 本案的房屋是被告的个人财产还是张某和被告的共同财产;

* 刘为平,男,北京大学研究生毕业,上海市锦天城律师事务所杭州分所高级合伙人、专职律师,擅长于民商事诉讼及非诉讼业务、刑事诉讼业务等。
陈慧梅,女,毕业于浙江大学城市学院,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,从事民商事诉讼领域。

3. 本案的备忘录是否可以作为房屋及售房款所得处置的依据。

审理判决

原告诉请及理由

原告认为争议房屋是张某用个人财产所购买，虽由被告操作登记在被告个人名下，但仍属于张某的财产。被告在张某去世后擅自将房屋出售，被告应将售房款返还给张某的继承人。张某的法定继承人为张某的父母以及原告，张某的父母已经放弃继承，故被告应将财产全部返还给原告。考虑到被告与原告父亲共同生活多年，要求被告返还原告一半的售房款，共计46万元，并承担案件诉讼费用。

原告提供原告的身份证明、张某父母放弃继承的证明、张某购房款来源证明、诉争房屋财产登记、被告与张某以夫妻名义生活的证明等。

被告答辩

被告辩称，诉争房屋系被告购买，并且依法登记为房屋的所有权人，因此该房屋属于被告个人财产，被告有权转让。房屋转让所得为被告的合法财产。被告否认与张某同居的事实，否认房屋购买于同居期间的事实，认为原告的诉请缺乏事实依据和法律依据，要求法院驳回原告的诉讼请求。被告提供备忘录、诉争房屋评估证明、房产登记等证据。

一审判决

一审法院认定张某与被告的同居关系。2003年，张某的亲戚将诉争房屋出售给张某及被告，产权证名为被告一人。2007年4月张某死亡后，张某的父母、原告与被告于2007年5月，就张某的遗产达成协议，并由律师事务所出具备忘录，协议中被告所应履行的义务已经履行完毕。一审法院认为，原告要求被告返还财产，原告应证明诉争财产属于原告所有。根据现有证据，双方已就张某的遗产达成协议，被告已经按照协议履行全部义务。因此原告不能证明诉争房屋享有权利。故原告的诉请缺乏事实及法律依据。一审法院判决驳回原告的诉讼请求。

二审判决

一审判决后，原告上诉。二审法院将双方争议焦点归纳为三点：(一)原审判决认定的“张某亲戚将房屋卖给被上诉人及张某”是否正确；(二)案涉备忘录是否发生法律效力；(三)上诉人一审主张是否应得到支持。

针对第一个争议焦点，二审法院认为，上诉人对此无异议。被上诉人认为，案涉房屋登记在被上诉人一人名下，系张某亲戚卖给被上诉人一人，故

被上诉人为该房屋的唯一合法所有权人。法院认为,一审期间被上诉人法院提交"备忘录"并据此主张相关抗辩,故该"备忘录"所载事实应推定对被上诉人具有约束力。在该"备忘录"中记载房屋系张某亲属经中介公司转让给张某及被告,据此,一审认定张某亲戚将房屋卖给被上诉人及张某的事实并无不当。

针对第二个争议焦点,二审法院认为,案涉"备忘录"从形式上看,应当为四方当事人(上诉人及其爷爷奶奶、被上诉人)就张某遗产处理等问题达成的一个协议。虽然作为上诉人的爷爷奶奶的张某父母已经签字,但上诉人、被上诉人并未签字盖章。而该"备忘录"制作时,上诉人已经成年,张某父母既非上诉人的法定代理人,也无证据显示他们系接受上诉人的委托以代理人的身份在该"备忘录"上签字。另,虽然被上诉人将其保管的股权凭证、活期存折、汽车钥匙及 5 万元现金等财物交给张某父母,并由张某父母出具收据,但无证据显示张某父母的上述行为得到上诉人的授权或追认。据此,二审法院认为,案涉的"备忘录"因未得到协议四方当事人的共同签字确认,故尚未发生法律效力。

针对第三个争议焦点。最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第 10 条规定:"同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财物,按一般共有财产处理。"一审期间,上诉人提供的张某生前居住的社区情况说明等证据可以证明张某与被上诉人在 1998 年左右开始同居生活至张某去世的事实,据此可以认定案涉房屋系该两人同居生活期间共同购置。在双方当事人均无充分证据证明张某与被上诉人各自对房屋份额比例的情况下,法院推定两人对房屋各享有 50%的权利。二审期间,双方当事人对上诉人及其爷爷奶奶为张某的法定继承人的事实均无异议,分歧在于被上诉人认为其作为张某生前对张某尽到较多抚养义务的人,可依据《中华人民共和国继承法》第 14 条的规定分得适当遗产。二审法院认为,本案系返还财产纠纷,被上诉人作为案涉房屋的按份共有权人,在张某去世后,未经张某法定继承人同意即将房屋出售,属擅自处分共同财产。现上诉人以其他法定继承人放弃继承权,其为唯一法定继承人为由,主张被上诉人返还案涉房屋售房款的一半,理由正当,应予支持。

据此,二审法院撤销一审判决,改判支持上诉人一审诉讼请求。

经典评析

本案的纠纷涉及三个争议焦点:第一,本案的案由是遗产继承纠纷还是

返还财产纠纷；第二，案涉房屋登记在一人名下，是属于个人财产还是共同财产；第三，案涉房屋是否已经协议处理完毕。

针对案由，一般情况下会直接以继承纠纷的案由起诉，但是本案又不符合继承纠纷的条件。首先，案涉房屋登记在被告的名下，依据登记主义，房屋属于被告个人的财产，不属于张某的遗产，不符合遗产继承纠纷的要件。其次，被告与张某未登记结婚，没有法定继承人的身份。若要以遗产继承纠纷起诉，必须通过前置诉讼确定案涉房屋为张某的遗产，再以遗产继承纠纷起诉，这样会浪费诉讼资源，也浪费时间。当时，民事诉讼案由尚未颁布，我们通过分析之后，以返还财产纠纷为由起诉，通过证据证明被告处置的权利为原告的权益，要求被告返还。

关于案涉房屋的权属。房屋登记在被告一人名下，依据物权登记原则，房屋属于被告个人的财产。原告在诉讼中从几个方面来搜集证据并形成一条证据链，证明张某为房屋的权利人之一。第一，提供案涉房屋购房款有关的证据，因为案涉房屋的购房款由张某与亲戚之间现金交割，没有相关的资金交割凭证，不能提供直接证据证明原告全额出资的事实。但是，原告方提供了购房前几日处置个人财产获得与房款相近金额的事实，证明购房款的款项来源，而被告在二审法庭调查及庭后法院责令被告提交出资证据的情况下均未能提供证据证明其出资的事实。第二，提供房屋购买于张某与被告同居期间的事实。被告一开始否认同居事实，原告提供了被告与张某在案涉房屋购买之前、案涉房屋购买之后双方共同居住，以及双方以夫妻名义共同居住的证据，证明案涉房屋购买与同居期间的事实。原告的证据形成证据链证明同居期间张某出资的事实。法院依据证据及庭审情况，根据最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第 10 条“同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财物，按一般共有财产处理”的规定，在被告方无证据证明其出资的情况下，推定双方均享有 50％的权利。

第三个争议焦点是本案张某的遗产是否已经处理完毕，一审依据被告提交的“备忘录”认定原被告双方已经协议一致且被告已经履行。二审中，我们提出上诉。从三个方面进行分析：

第一，备忘录没有经四方当事人共同签字，没有法律效力。被告提交的“备忘录”属于协议，涉及四方当事人的利益，只能在如下两种情况下生效：一、四方当事人共同签字确认；二、原告对被告提交的备忘录与其证明对象之间的真实性、合法性、关联性没有异议。但是，显然，支持备忘录证明效力

的上述两种情况均不存在:一、一审法院已经查明备忘录上只有张某父母两人的签字,而原被告均没有签字;二、一审庭审时,原告明确对备忘录及其证明对象之间的关联性提出异议。故“备忘录”没有法律效力,对被告主张的事实也没有证明力。

第二,张某父母不是原告的代理人,他们的签字不代表原告已经签字。一审判决已经查明备忘录上仅有张某父母的签字,但备忘录处理的财产涉及的权利人却有原告、被告、张某父母四个人,其中涉及原告放弃对案涉房屋的权利,必须由原告作出明确的意思表示。一审法院认定备忘录生效的事实显然是建立在原告已经作出放弃的意思表示的基础上的,而一审法院对原告的意思表示的确定又显然是以其张某父母的签字来断定的。那么,张某父母的签字是否代表了原告呢?要使张某的签字能够代表原告,那么法律事实必然是:1. 签字时,张某父母是原告的法定监护人或者授权代理人;2. 签字时,张某父母虽没有代理权,但事后原告予以追认。但事实是:1. 至张某去世时,原告已经年满 18 周岁,是具有完全民事行为能力的公民,没有法定监护人;一审过程中,被告没有提供任何证据证明张某父母是原告的授权代理人,一审判决也未对此作任何认定;2. 原告事后对张某的签字没有任何追认的意思表示和行为。因此,张某父母不是原告的代理人,他们的签字不代表原告的签字。

第三,一审认定被告已经履行备忘录的义务错误。

“备忘录”记载的被告两项义务是:1. 将其保管的张某的股权凭证、汽车、汽车钥匙、车辆产权凭证交付给原告及张某父母;2. 自愿向原告支付伍万元人民币,作为补偿。与该两项义务相对应的被告权利是案涉房屋全部归被告所有。

第 1 项义务,是被告作为保管人将财产返还权利人的法定义务,不是依据协议而产生的。公民的权利义务是对等的,不能因为其履行法定义务而获得原本没有的极大利益(即获得整套房产的所有权),这是违背民法最基本的公平原则的。

第 2 项义务,“备忘录”载明的权利人是原告,假设“备忘录”成立,那么被告的履行对象是原告。但是一审查明的事实是被告向张某的父母履行,履行的对象错误。

最后,二审法院采纳上诉人的上诉理由和代理意见,认定案涉房屋为张某与被告的共同财产,被告擅自处分原告的权益,应当依法返还给原告,支持了原告全部的诉讼请求。

租赁合同无效后承租人如何返还财产

——某建材公司诉某置业公司房屋租赁合同纠纷案评析

姜丛华　左　斌*

案情简介

原告(反诉被告及原告):杭州某某置业有限公司

被告(反诉原告及被原告):杭州某某建材商厦有限公司

2002 年 5 月 20 日,杭州某甲公司与上海某乙公司签订了《租赁合同》,约定:由杭州某甲公司将 4.62 万 m^2 面积营业房出租给上海某乙公司,租赁期限 8 年,自 2002 年 9 月 30 日至 2010 年 9 月 30 日;每年租金为 1200 万元,从第三年开始,以后每年租金以 1200 万为基数递增;第一年租金合同签订时付 200 万,8 月底付 600 万,9 月底付 400 万,第二年起,租金在每年 9 月底前一次性付清。如不能按规定时间缴纳租金,按每天万分之五交违约金给杭州某甲公司,如超过 60 天逾期不缴纳租金,杭州某甲公司有权提前收回租赁房屋。

2003 年 3 月 7 日,杭州某甲公司与上海某乙公司签订了《关于加快交房时间的补充协议》,约定交房时间变更为 2003 年 3 月 31 日,杭州某甲公司遵守补充协议的交房时间,上海某乙公司不追究杭州某甲公司迟延交房给其造成的经济损失。

2003 年 3 月 7 日,杭州某甲公司、上海某乙公司和被告签订了《租赁权利、义务转让协议书》,约定上海某乙公司在《租赁合同》中的权利和义务转让给被告。

2003 年 3 月 21 日,杭州某甲公司与被告又签订了《备忘录》,约定:被告同意在杭州某甲公司办理交房之日支付租金 250 万元,在交房之日起 20

* 姜丛华,男,上海市锦天城律师事务所高级合伙人。
左斌,男,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师。

天内支付租金 200 万元,在交房之日起 30 天内支付 300 万元,余下 400 万元在交房之日起两个月内付清。

2003 年 3 月 31 日,杭州某甲公司与被告签订了《关于交接房的补充协议》,约定:杭州某甲公司已经于 2003 年 3 月 31 日前将全部 27 个厅、4.62 万平方米营业房交付被告使用,从交房之日起计算租金和租期。2003 年 3 月 31 日至 2003 年 5 月 31 日两个月的时间为装修期,不计算租金。第一年租金于 2003 年 5 月 31 日内交清,第二年起改为每年的 5 月 31 日一次性付清全年的租金。

2003 年 4 月 15 日,被告与杭州某甲公司又订立了《关于商城通道使用和改建临时通道的补充协议》,约定改建的通道由被告每年支付租金 25 万元给杭州某甲公司,在每年 5 月 31 日前一次付清,租金递增幅度按主合同规定条款执行。

上述协议签订后,在杭州某甲公司依约履行了交房义务的前提下,被告却没有按照约定的时间和数额支付房屋租金。2003 年 5 月 6 日和 7 月 30 日,杭州某甲公司向被告发出了《关于催交租金的紧急函》和《关于尽快支付租金给原经营户的紧急函》,要求被告依约立即支付房屋租金。2003 年 9 月 18 日,被告出具给杭州某甲公司《租金支付承诺书》,承诺在 2003 年 9 月 25 日前支付租金 200 万元,9 月 27 日前支付租金 200 万元,余款在 2003 年 10 月 28 日前付清。

尽管支付租金的时间一拖再拖,但被告仍然没有履行承诺和合同义务,至原告起诉之日,被告也仅支付了房屋租金 4433931 元。2003 年 11 月 4 日、2004 年 5 月 19 日和 2004 年 9 月 9 日,杭州某甲公司多次发函给被告催收租金,仍然没有效果。2004 年 10 月 13 日,杭州某甲公司函告被告,告知被告"解除合同,由你方处理好善后工作"。

2004 年 12 月 23 日,杭州某甲公司由原告吸收合并,进行资产重组和产权改造。杭州某甲公司的债权债务和其他资产均由原告承继。原告承继杭州某甲公司的债权后致函被告,要求被告立即停止招商活动,通知和办理已承租经营户租赁关系的解除工作,妥善处理与已承租经营户之间的租赁关系,平稳解决善后事宜,将腾空的商城营业房交付给原告,并立即支付拖欠的房屋租金及违约金。但被告对原告的要求置之不理。2005 年 3 月 15 日,原告起诉至法院,请求法院依法判令解除原被告之间的《租赁合同》,判令被告于判决生效之日起 20 日内将腾空的房屋返还给原告;并请求法院依法判令被告立即支付拖欠的房屋租金 20066069 元,违约金 4436343 元。在

案件审理过程当中，经法院释明租赁合同无效，原告变更诉讼请求，即请求法院依法判令被告于判决生效之日起 20 日内将腾空的房屋返还给原告；并请求法院依法判令被告立即支付房屋使用费 3237.2529 万元，违约金 4533278 元。对此，被告也提出反诉，要求原告赔偿因合同无效造成的损失 56090861.98 元。

案件经一审法院判决后，原告不服，提起上诉，二审法院依法作出了改判。

争议焦点

本案的争议焦点主要是：1. 无效合同的责任承担问题；2. 无效合同的财产返还、折价补偿及损失的范围问题；3. 某区人民法院民事裁定书与本案的关系问题；4. 一审审计报告载明的 950 余万元是否应由原告赔偿给被告的问题。

审理判决

本案经一审法院审理认为，在原杭州某甲公司租赁给被告的 4.62 万平方米房屋中，有部分房屋产权属于他人。杭州某甲公司未经权利人同意，擅自将部分产权不属于其的房屋租赁给被告的行为，属于无权处分行为。从事后实际产权人发给被告的函可以反映，实际产权人对于被告使用其所有房屋的行为明确表示反对，因此杭州某甲公司擅自处分他人财产的行为，应属无效。虽然杭州某甲公司无权处分的房屋只占整个东方商城房屋的一部分，所产生的法律后果只是该部分房屋的租赁行为无效，但鉴于被告整体租赁商城房屋系用于开办市场，杭州某甲公司租赁给被告部分不属于其所有的房屋的无效行为必定影响被告使用租赁房屋的统一性，从而影响到合同目的实现，故考虑到部分合同无效影响到合同其他部分的效力，本院认定杭州某甲公司与被告签订的租赁协议及补充协议均系无效。杭州某甲公司隐瞒商城的产权情况，擅自处分他人财产，对于合同无效应负有主要过错责任。而被告在租赁房屋前应当对所租赁房屋的具体情况进行必要的审查，但被告未尽审查义务，对于合同无效负有次要过错责任。根据本案实际情况，本院酌情确定原告应承担 90%的过错责任，被告应承担 10%的过错责任。无效合同自始没有法律效力，因该合同取得的财产，应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿，有过错的一方应当赔偿对方因合同无效所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。由于杭州某甲公司的一切债权债务已由原告承继，对于本案合同无效所产生的

法律责任和主张损失赔偿的权利,应由原告来承担和享有。原告主张要求被告腾空房屋并交还租赁物,但在诉讼过程中,原告已实际接管该租赁房屋,并将该租赁房屋予以拆除,故原告的该请求本院不予支持。关于原告主张的损失赔偿问题。本案中,原告因合同无效所受到的损失,应当是被告占用房屋期间,其无法使用房屋所产生的利益损失。原告以双方签订的租赁协议和补充协议约定的每年房屋租金作为计算其无法使用房屋的损失,虽上述协议已被认定无效,但协议中的租金约定可以客观反映出原告如使用房屋所应产生的利益,故原告计算损失的方法是可行的,本院予以采纳。从查明的事实看,被告自 2003 年 3 月接收了东方商城 4.62 万平方米房屋起,至 2006 年 4 月撤离该房屋,实际控制该房屋共计三年零一个月,扣除两个月的装修免租期,为两年零十一个月。租赁合同和补充合同约定 2003 年 5 月 31 日至 2005 年 5 月 31 日的租金(包括房屋租金和通道租金)为 1225 万元,2005 年 6 月 1 日至 2006 年 4 月的租金为 1286.25 万元。从以上计算依据可以计算出原告因合同无效所造成的损失为 3629 万元。考虑到原告由于自身主要过错造成合同无效所应承担的主要责任的因素,确定被告应当赔偿给原告因合同无效所造成的损失为 3629 万元×10%=362.9 万元。虽然杭州某甲公司存在处分他人财产的行为,其中部分损失属于实际产权人享有,但本案所审理的是原告与被告之间的合同效力问题及无效后的法律责任,被告与案外实际产权人之间并不实际存在合同法律关系,如果案外人主张权利也应当向原告主张无权处分的侵权责任,与被告无涉,故该部分损失应由被告直接支付给原告。关于被告所主张因合同无效所受损失的赔偿问题。被告主张合同无效所造成的损失包括投入的设施设备、装修及其他支出等,并申请法院委托鉴定机构对相应凭证、票据进行财务审计,本院委托相关鉴定机构对相应票据进行审计并作出审计报告。根据鉴定机构的审计报告,本院认为,对于审计报告可以确定的设施、设备及装修原值的数额符合客观实际,可以予以确定。但鉴定机构只审计其原值,未考虑折旧,在可以确定的设施、设备及装修原值为 19448366.84 元的基础上,本院根据被告实际占有租赁房屋的期限以及经营状况酌情进行折旧,确定折旧后的价值为 15000000 元。关于难以确定的设施、设备及装修原值,其中因丢失、毁损、债务纠纷被抵债或拍卖,被告已处分了相应财产,该部分原值不能计入损失范围。其中 2 辆汽车(品牌为金杯)所有权非被告,不能计入损失范围。其中以承、发包签字确认的工程决算书、合同、入库单入账而无发票的原值以及以收条形式支付职工房租,因以决算书、合同、入库单、收条入账,

不符合严格财务制度，也不能排除有伪造可能，故该部分支出缺乏充足依据，不能计入损失范围。关于开办费的支出系场地租赁后进行经营前的必要支出，在合同无效的情况下，应当属于被告的损失，但开办费应当在租赁期限内予以摊销，考虑到被告实际占有租赁房屋的期限以及实际经营状况，对于开办费 3982618.45 元酌情进行摊销后确定数额为 3000000 元。关于经营期间的费用支出，该支出属于经营过程中的经营成本，不是被告因合同无效所造成的损失，该部分费用不能计入损失范围。关于被告支付给杭州市江干区某资产管理中心保证金 150 万元，从现有证据看可以确定系被告为保证合同能够顺利履行愿意为杭州某甲公司支付，但现在合同被法院确认无效，被告愿意为杭州某甲公司支付该 150 万元的先决条件已不存在，该 150 万元应当计入被告的损失范围。关于被告已支付的房租费 4413931 元，在合同无效的情况下，应当属于被告的损失。根据上述分析，确定被告因合同无效所造成的损失合计 23913931 元。考虑到被告由于自身次要过错造成合同无效所应承担的次要责任的因素，确定被告因合同无效所造成的损失为 23913931 元×90％＝21522537.9 元。关于被告为杭州某甲公司代付电费、代付给新风村房租费、水电押金共计 560090.07 元，在合同无效的前提下，原告应当全额予以返还。杭州市江干区人民法院以裁定书形式将被告所投入的装修等不可移动财产由原告以 4067700 元的价格买受，用于偿还被告的债务，虽然该 4067700 元仅代表司法处理该装修等不可移动财产的价格，不能反映该部分财产的实际价值，但在计算被告的损失时应当扣除该 4067700 元。综上，确定原告应当赔偿被告因合同无效所造成的损失为 18014927.97 元。关于原告要求被告赔偿因逾期支付房屋使用费而产生的损失（赔偿标准按每日万分之二点一计算）。由于双方签订的合同在进行诉讼过程中被法院裁定无效，合同无效后所确定的损失赔偿，应当在判决生效后一定期限内支付，现不存在逾期支付所产生的损失问题，因此原告的该诉讼请求，本院不予支持。关于被告认为原告所提部分损失请求已超过诉讼时效的问题，因原告基于法院释明合同无效的情况下，原告才提出损失赔偿，该损失赔偿属于在确定合同无效情况下产生的法律责任，不存在超过诉讼时效的情形，因此，被告的该抗辩，本院不予采纳。综上，依照《中华人民共和国合同法》第五十一条、第五十六条、第五十八条之规定，判决如下：

一、被告赔偿原告因合同无效所造成的损失 3629000 元；

二、原告赔偿被告因合同无效所造成的损失 18014927.97 元；

上述一、二项相抵，原告尚应赔偿被告因合同无效所造成的损失

14385927.97 元,于本判决生效之日起十日内付清。

三、驳回原告的其他诉讼请求;

四、驳回被告的其他反诉请求。

原告不服一审判决,提起上诉。二审法院审理认为,第一,原审确认合同无效,双方均无异议。导致合同无效的主要原因在于杭州某甲公司出租的 4.62 万平方米房屋中有约 2.4 万平方米房屋所有权不属于杭州某甲公司,该部分房屋系案外人所有,原告回购上述房屋也是在原审诉讼期间。因此,导致租赁合同无效的主要责任应由原告承担。但作为承租人的被告,对租赁 4.62 万平方米房屋的权属未经仔细审查,也应承担部分责任,故原审确认原告承担 90%、被告承担 10%责任并无不当,应予维持。第二,《中华人民共和国民法通则》第六十一条第一款规定“民事行为被确认无效或撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任”。《中华人民共和国合同法》第五十八条规定“合同无效或被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还的或没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任”。以上是处理无效合同的法律制度。双方签订的租赁合同无效,被告不应依据租赁合同支付租金,但其实际使用了 4.62 万平方米房屋 2 年零 11 个月,应当支付房屋使用费,使用费的标准参照双方签订的租赁合同,这也使双方依据租赁合同已履行的财产恢复到了合同签订之前的状态,符合法律规定的无效合同恢复原状的处理原则。故 2 年零 11 个月的房屋使用费,被告应支付给原告。原审将该费用列为损失并按过错责任分担,不当。参照租赁合同及补充协议的约定,2 年零 11 个月的使用费为 3629 万元(包括通道使用费)。双方签订的租赁合同被确认无效,被告添附在房屋上的设备设施、装修等已归原告所有,形成无法返还原物的事实,此种情况下,为了达到恢复原状的目的,原告就应当折价补偿被告,这符合无效合同折价补偿的处理原则。依据会计师事务所审计报告,被告投入的设施、设备及装修可确定的原值为 19448366.84 元、开办费 3982618.45 元。被告支付给某资产管理中心保证金 150 万元,当时被告为了能够确保租赁合同的顺利履行愿意为杭州某甲公司支付,现租赁合同被确认无效,被告为杭州某甲公司支付该费用的条件不存在,故该笔费用应由原告返还给被告。加上双方无异议的被告代原告支付的电费、新风村房租费、水电押金共计 560090.07 元。上述款项合计 25491075.36 元。该款项

是被告投入到杭州某甲公司的，由于租赁合同无效，杭州某甲公司的房屋已被原告拆除，故上述费用应由原告补偿给被告。第三，某区人民法院2006年1月24日作出的民事裁定书载明：该院于2005年10月14日委托资产评估公司对在杭州某甲公司内被告所有的不可移动装修现值(不含土建)进行了评估，评估价为4067700元，评估后该院自行组织变卖，原告以评估价4067700元的价格受让。故裁定将上述资产归原告所有。资产评估公司评估报告内容包括杭州某甲公司1—4层室内装修、空调和消防系统；明细表只有1页，载明被告在杭州某甲公司内不可移动装修现值(不含土建)重置价值10194710元，综合成新率66.5%，评估值6779500元，司法处理价4067700元。从上述评估报告来看，1—4层室内装修、空调及消防系统具体包括了哪些内容、价格多少不清楚，也没有征求被告的意见，现场核查也没有被告的人员参与，且总价4067700元按每平方米计算，三部分的价格只有88元，明显偏低。考虑到导致本案租赁合同无效的主要原因在于原告，在原审审理期间原告已将所有房屋拆除的现实情况，依据公平原则，被告投入的装修、设备设施等价格应以原审委托的会计师事务所的审计报告为准。同时原告确实支付了4067700元，故该部分款项应予以扣减。原告以某区人民法院的民事裁定书为由，认为被告所有不可移动的装修、设备设施等以4067700元转让给原告，被告已丧失对该部分资产的所有权，不能再主张超出4067700元外的投资款项的理由，不予支持。第四，鉴于某区人民法院民事裁定书只能作为确认被告装修、设施设备等价值的一部分的依据，故二审审理过程中，被告提供的会计师事务所的审计报告中难以确认的原值950余万元中的9310233.1元，应予以确认。该部分投入应由原告补偿给被告。

综上所述，被告投入到杭州某甲公司的款项为19448366.84元+3982618.45元+150万元+被告代原告支付的电费、新风村房租费、水电押金共计560090.07元+9310233.1元－4067700元＝30733608.46元。这部费用应由原告补偿、返还给被告。被告实际使用了房屋2年零11个月，相应的房屋使用费3629万元应支付给原告，已支付4413931元应扣减，尚应支付房屋使用费31876069元。上述款项相抵后，被告尚应支付给原告1142460.54元。

综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项、《中华人民共和国民法通则》第六十一条第一款、《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，判决如下：

一、撤销一审法院民事判决。

二、被告应于本判决生效之日起15日内支付给原告1142460.54元。

三、驳回被告的其他反诉请求和原告的其他诉讼请求。

经典评析

本案属于一起典型的复杂疑难诉讼案件,其关键点主要表现在:本案所涉租赁合同无效后,承租人杭州某某建材商厦有限公司是否应当按照租赁合同约定租金标准向出租人杭州某某置业有限公司支付房屋使用费?对此,一审法院和二审法院的观点并不一致,且当时的法律法规以及司法解释对此也未作出明确规定,因此,代理人在代理本案过程中,通过分析立法精神,引用法学理论界的观点,搜集类似案例,成功地说服了二审法官。其主要观点表现为:

一审判决将无效合同法律后果中原本属于"应当返还"的法律责任全部纳入"损失"范围,是对原告诉讼请求的曲解,更是对法律的曲解。被告实际占有、使用商城三年,基于合同获取了利益,该利益应当以房屋使用费的形式全额返还给原告。一审判决将房屋使用费认定为原告的损失,并判决由原告自行承担90%,是完全错误的。

一审判决认定"本案中原告因合同无效所受到的损失,应当是被告占用房屋期间,其无法使用房屋所产生的利益损失。……考虑到原告由于自身主要过错造成合同无效所应承担的主要责任因素,确定被告应当赔偿给原告因合同无效所造成的损失为3629万元×10%=362.9万元"。该认定背离了法律规定,背离了立法精神。我国《民法通则》第六十一条、《合同法》第五十八条明确规定了无效合同的处理原则有三部分:①因该合同取得的财产应当予以返还;②不能返还的应当折价补偿;③过错赔偿。对此,我们认为:

1. 返还的范围是指因合同取得的财产,不仅包括原物、孳息,还应当包括因占有使用原物所产生的利益。在房屋租赁合同履行过程中,被原告依据租赁合同占有、使用房屋三年,获取了租金利益,属于"因合同取得财产"的情况。现房屋租赁合同被认定为无效,被告先前对房屋的占有、使用及获利行为失去了法律上和合同上的依据,应将基于租赁合同因占有使用房屋所获取的利益——房屋使用费3629万元(参照租金标准,按一审认定的实际使用期二年零十一个月计算)全额返还给原告。

2. 从"恢复原状"的角度讲,合同无效是自始无效,双方依据合同已经履行的财产也应当恢复到合同订立之前的状态,即被告除了应当将房屋返

还给原告外，对于被告已经占有了三年的“房屋使用权”，在无法恢复原状的情况下也应当以房屋使用费的形式补偿给原告。

3. 从公平原则的角度讲，在合同无效的情况下，如果被告一方面要求原告赔偿全部损失，另一方面还占据着 3000 多万元的利益不归还，势必将使得被原告通过无效合同获取了巨额的利益，而使得原告蒙受巨大的损失，这也完全有悖公平原则。

4. 即使原告对合同的无效负有部分过错责任，完全可以通过赔偿被告实际损失的方式承担，但房屋使用费的返还（支付）和损失的赔偿完全是两回事情，绝不能相互混淆。且在本案中，原告一审的诉讼请求是“请求法院依法判令被告立即支付房屋使用费 3237.2529 万元”，不是“请求法院判令被告赔偿原告房屋使用费的损失”。一审判决将无效合同法律后果中原本属于“应当返还”的法律责任全部纳入“损失”范围，是对原告诉请的曲解，更是对法律的曲解，是完全错误的。

5.《民事审判指导与参考》2004 年第 4 集（总第 20 集）第 145 页“最高人民法院二审案件解析”《租赁标的物质量验收与房屋租赁合同的效力》一文，公布的云南志远房地产开发有限公司与湘财证券有限责任公司房屋租赁合同无效纠纷案件，就完全支持了租赁合同无效后房屋实际占用和使用人应当向房屋所有人全额支付房屋使用费的观点。



车辆“立体燃烧”引发的保险纠纷

——马某诉某保险公司财产保险合同纠纷案评析

周　毅*

案情简介

2008年8月22日,原告马某将其所有的别克赛欧SLX—AT汽车向某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部投保车辆损失险,保险金额为83800元。但未投保自燃险。

2008年10月10日,马某的家人马某某驾驶该车辆从塘栖往杭州途经拱康路时,车辆颠簸。马某某未下车检查,也未发现车辆异常,但行至上塘高架德胜段时,车辆出现异常,即变速箱以上(中央信道)位置出现烫热现象。马某某准备下车检查时,发现车辆已着火。马某某遂向保险公司及消防部门报案。消防中队到场后发现该车发生“立体燃烧”,遂迅速出水进行扑救。经某保险公司杭州营业部现场勘查确认标的车已受损报废。后该消防中队出具证明,该车辆发生“立体燃烧”事故。此后,马某向某保险公司杭州营业部索赔。某保险公司杭州营业部以车辆发生“自燃”、不属于保险事故为由于2008年11月向马某发出拒赔通知书。马某遂于2008年11月16日向法院提起诉讼,请求法院判令某保险公司杭州营业部支付车辆保险赔偿金83800元并承担诉讼费用。

争议焦点

法庭归纳的争议焦点有三个:一是保险车辆所发生的“立体燃烧”是否属于保险条款中规定的“火灾”,抑或是免责条款中规定的“自燃”。二是车辆损失险的免责条款是否适用于马某及某保险公司杭州营业部是否尽了免

* 周毅,男,毕业于浙江工业大学,浙江大学JM,专业从事保险类法律服务,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,二级合伙人。

责条款的说明义务。三是保险金额是否等同于马某的实际损失金额。

法院判决

2009年4月27日,一审法院作出一审判决。一审法院认为马某与某保险公司杭州营业部之间的保险合同关系依法成立并生效。保险条款是确认双方权利义务的合同依据。本案保险车辆所发生的"立体燃烧"事故不属于车辆损失险保险条款中规定的"火灾"。本案保险车辆在行驶过程中在没有外力作用的情况下发生燃烧,应当认定为车辆发生自燃。原告车辆的"立体燃烧"不属于车辆损失险赔偿的范围,即马某未对"立体燃烧"相应的险种进行投保,保险公司没有赔付的义务。故判决驳回马某的诉讼请求。

一审判决后,原告马某不服判决,提起上诉。二审审理后于2009年9月20日作出终审判决:驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案是一起车辆发生"立体燃烧"所引发的保险诉讼。原告马某以及代理人认为"立体燃烧"从字面意思理解即属于"燃烧"的一种。而燃烧又属于"火灾"的一种基本表现形式。恰恰"火灾"属于保险公司车辆损失险的保险范围,因此保险公司应予理赔。笔者认为原告这种属于典型的三段式演绎推理模式。表面看来很有道理,但其实并不正确。

一、保险责任是确定保险事故最基本的依据

《中华人民共和国保险法》(2009)第16条规定:"保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故。"因此,要确认一起事故是否保险事故,就要看是不是属于保险责任所约定的事故。本案某保险公司杭州营业部出具给马某的车辆损失险条款第一条规定,在保险期间内,被保险人或其允许的合法驾驶人在使用保险车辆过程中,因下列原因造成保险车辆的损失,本公司按照保险合同的约定负责赔偿:(一)略;(二)火灾、爆炸、按照保险合同约定为非营业企业或机关车辆的自燃;(三、四、五)略。因此在保险条款中"火灾和按照保险合同约定为非营业企业或机关车辆的自燃"两者与燃烧有关的情形是属于保险责任范围的。同时在保险条款释义部分对火灾予以了定义。火灾是指保险车辆本身以外的火源引起的、在时间或者空间上失去控制的燃烧(及有热、有光、有火焰的剧烈的氧化反应)所造成的灾害。因此保险合同里约定的火灾并不完全等同于"现代汉语词典"中关于火灾的定义。"现代汉语词典"中关于火灾的定义有两点:一是因失火而造成的灾害;二是

燃烧很多建筑物的灾难性大火。但显然两者是广义与狭义的关系。并且两者并不矛盾,都突出了灾害性的特征。只是保险条款里的"火灾"将引起的原因局限于"保险车辆本身以外的火源"。这种定义上的约定主要是为区别"火灾"和"自燃"。

根据保险条款释义对"自燃"的定义:自燃是指保险车辆因本车电器、线路、油路、供油系统、供气系统、货物自身等发生问题,机动车运转摩擦起火等造成火灾。在自燃定义中的"火灾"一词显然应作广义解释。不然之前约定的"火灾"就毫无意义了。而"自燃"根据保险条款第三条的规定:下列原因造成的损失,本公司不负责赔偿:(一、二、三、四)略;(五)自燃(按照保险合同约定为非营业企业或者机关单位车辆不受此限)及不明原因火灾;(六、七、八、九)略,是属于免责情形之列。因此自燃和火灾在保险条款中最主要的区别在于引起燃烧的火源的位置。车辆自身引起的就是"自燃",车辆自身以外的就是"火灾。"

既然保险条款对"火灾"和"自燃"的定义有如此清晰的界定,那么本案应该很简单才对。实质不然。这里其实又引申出了一个新的争议焦点,即"立体燃烧"是否属于"火灾"抑或是"自燃"。

二、谁有权来认定"火灾"或"自燃"

本案中消防部门出具的证明仅是提到了车辆发生"立体燃烧"。原告马某认为根据《中华人民共和国消防法》以及公安部《火灾事故调查规定》,认定火灾事故的职能部门是公安消防部门。既然消防部门没有认定是"自燃",那就只能是"火灾"。笔者认为这种"排除法"的逻辑在本案中同样不可取。

首先,保险公司作为承保方,其应当有权认定事故性质。对此《中华人民共和国保险法》(2009)虽然没有明文规定,但《保险法》第 23 条规定了保险人具有核保的权利:"保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后,应当及时作出核定;……"第 24 条规定了保险人对核定后认为不属于保险事故的处理方式:"保险人依照本法第二十三条的规定作出核定后,对不属于保险责任的,应当自作出核定之日起三日内向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书,并说明理由。"虽然这些条文都没有明确规定保险人可以就事故原因进行核定,然而《保险法》其实对此还是有隐性规定的。《保险法》第 64 条:"保险人、被保险人为查明和确定保险事故的性质、原因和保险标的的损失程度所支付的必要的、合理的费

用，由保险人承担。"显然，作为保险人和被保险人均有查明以及确定事故性质和原因的权利及义务，只是费用应由保险人承担而已。其实欧美发达国家的法律均赋予保险人的独立调查权，可以独立或者联合相关部门调查、出具意见等。我国一直未在法律规定中明确保险人的独立调查权，这也是考虑到我国保险业的现状和发展水平。但保险人的这项权利对于防止虚假理赔、防止保险诈骗来说都是非常重要的。

其次，在保险人与被保险人就事故性质和原因发生争议的，法院当然有权认定。《消防法》规定公安消防部门认定火灾事故原因的职权是一种行政权的赋予。这跟《道路交通安全法》赋予公安交警部门认定交通事故原因的行政权的性质是一样的。当其出具的认定书作为民事诉讼的证据时，根据《民事诉讼法》的规定，其证据性质上属于鉴定结论的一种(也有认为属于一般书证)。法院可以通过对证据的综合认证来确认其证据效力。可以采信也可以不采信。正如在交通事故认定书，当交警部门认为事故责任无法确认时，可以做出"事故责任无法确认"的事故认定书。这种情形下就需要法院根据其他事实以及归责原则来确认民事责任的负担。本案中，消防部门仅出具了发生"立体燃烧"的证明，并未明确说明原因，实际就是出具了一份"事故原因无法确认"的证明。因此本案一审法院根据查明的事实："马某的家人马某某驾驶该车辆从塘栖往杭州途经拱康路时，车辆颠簸。马某某未下车检查，也未发现车辆异常，但行至上塘高架德胜段时，车辆出现异常即变速箱以上(中央信道)位置出现烫热现象。马某某准备下车检查时，发现车辆已着火。"认定"本案中保险车辆起火是在车辆行驶的过程中发生的。根据当时车辆驾驶人的陈述，当时车辆起火并没有外界的原因；在本案诉讼过程中，也没有证据证明保险车辆起火是车辆以外的原因所致。"因此"本案中保险车辆发生的立体燃烧不属于车辆损失险保险条款中规定的火灾"。显然是完全正确的。原判还补充道："本案中投保车辆在行驶过程中在没有外力作用的情况下发生燃烧，按照保险条款对自燃的解释及普通人对自燃的理解，均应当认定为是车辆发生自燃。而只有在保险车辆为非营业企业或机关车辆有保险合同特别约定的情况下才属于车辆损失险赔偿的范围。故马某认为车辆的立体燃烧不属于自燃但属于火灾的观点，不符合合同的约定，也有悖常人的理解。"因此，一审判决已经非常肯定本次事故属于保险合同约定的"自燃"而非"火灾"。笔者认为，一审法院这样的判决不仅有事实依据，更是一审法官运用高度盖然性的证明标准，在遵循法官职业道德的前提下，运用日常生活经验法则与逻辑推理，进行的综合判断，是完全正

确的。

三、"免责条款"的效力

虽然本案一审法院最后是根据对保险责任范围的判决来驳回原告的诉请,并未采用免责条款。但既然"自燃"是属于车辆损失险的免责事项,因此本案免责条款的效力不可避免地成为双方争议的主要问题之一。其实对于"免责条款"效力应如何认定已经经历了一个从模糊到清晰的过程。应该说目前的法律规定是明确的。《中华人民共和国保险法》(2009)第 17 条对此有明确的规定。特别是 17 条的第 2 款,是对之前最高人民法院研究室《关于对保险法第十七条(原 17 条现 18 条)规定的"明确说明"应如何理解的问题的答复》(法研〔2000〕5 号)的完全采纳。而浙江省高级人民法院为了配合新保险法的实施,在 2009 年 9 月 8 日下发了《关于审理财产保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》。其中第十条就是对新保险法第 17 条"明确说明"证明责任的细化,显然更具操作性。但本案还有不同于法律规定情形的隐性争议焦点,就是根据法庭庭审的调查发现,本案的被保险人也就是原告马某只是名义车主,实际车辆使用人以及日常车辆维护和投保等事宜的实施人都是其家属马某某。本案保险车辆的投保单据马某某本人陈述是其所签,但签的是马某的名字。笔者认为向投保人的明确说明,可以是向名义投保人本人说明,也应可以是向投保人的代理人或者实际的投保人说明。本案中应当认定马某某才是实际投保人,抑或是认定马某某是投保人马某的代理人。根据《民法通则》的规定,代理的后果和法律责任应由被代理人承担。因此,本案中应当认定保险公司已就免责条款向投保人马某尽了明确说明义务。也就意味着保险合同中的免责条款对马某依法有效。然而一审法院最后还是没有采纳这一意见。还是认为"被告某保险公司杭州营业部没有证据证明已尽明确说明义务,该免责条款对马某不适用"。笔者认为这样的认定是有待商榷的。

实际上保险合同被认为是最大诚信合同,因此在立法设计上对保险公司规定的责任大过权利。特别是《保险法》(2009)版中规定的如"不可抗辩"原则、"禁止反言"原则、"格式条款解释"原则等。社会大众一度以保护投保人权益的 7 大亮点来概括新保险法。正因为此,法院在设定举证责任的分配原则上也有许多对保险公司的义务要求。特别是在是否履行"明确告知"的义务中,明确规定应由保险公司举证。然而与立法的先进性形成鲜明对比的是我国保险营销相对落后的现状以及保险营销从业人员相对素质较低

的事实，致使大量的投保单没有投保人的签字或者干脆由业务员代签。一旦发生争议，其结果往往是业务员不愿失去客户而跳槽，而保险公司则陷入笃定败诉的尴尬境地。因此笔者认为在分配举证责任上特别是针对“酒驾”或者是“无证驾驶”的情况应该适当地减轻保险公司的说明义务。对此，浙江省高级人民法院《关于审理财产保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十一条就有类似的规定：下列情形，保险人的明确说明义务可适当减轻但不得免除：(一)同一投保人签订二次以上同类保险合同的；(二)机动车辆保险合同中规定严重违反交通法规的免责条款，如无证驾驶、酒后驾车、肇事后逃逸等。这就很好地解决了保护投保人权益以及兼顾社会公共道德之间的平衡。

四、保险金额不等于实际损失

本案最后一个争议焦点是本次车辆的损失金额以及谁应该对此尽举证责任。原告马某认为其车辆发生燃烧后已全部烧毁。特别是保险公司在现场勘查后出具了“已受损报废”的证明。因此其认为保险公司就应当以保险合同中约定的保险金额为实际赔偿金额。法院在审理后则认为“本案中保险合同根据投保时车辆的重置价对车辆损失险的保险金额作出了约定。保险金额是保险人和投保人在合同中约定的最高限额的保险赔偿金，其一方面是保险费计算的依据，另一方面的意义在于无论保险事故造成多大的经济损失，保险人的赔偿数额均以保险合同为限。本案中马某没有提供证据证明因车辆的立体燃烧所造成的损失数额。故马某以约定的保险金额作为损失主张的依据，不符合法律的规定”。笔者认为一审法院这样的认定也是完全正确的。

按照新《保险法》第55条的规定：“投保人和保险人约定保险标的的保险价值并在合同中载明的，保险标的发生损失时，以约定的保险价值为赔偿计算标准。投保人和保险人未约定保险标的的保险价值的，保险标的发生损失时，以保险事故发生时保险标的的实际价值为赔偿计算标准。保险金额不得超过保险价值。超过保险价值的，超过部分无效，保险人应当退还相应的保险费。保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿保险金的责任。”因此保险金额约定的上限是保险价值。保险金额与保险价值不完全等同。在发生保险事故以后，保险价值受损，其价值应当进行评估以确定其与保险金额的关系。只有当其损失大于等于保险金额时，保险公司才按照保险金额承担赔偿责任。本

案原告车辆燃烧虽然达到“受损报废”的程度,但并不意味着其剩余价值是零。对其损失金额仍应当进行评估以确定其损失金额。但原告马某并未对此予以举证同时也拒绝了法庭提出的鉴定的建议。因此法院认定原告举证不能是完全正确的。

随着中国百姓生活水平的日益提高,汽车已经越来越作为普通的消费品进入寻常百姓家。据统计,仅杭州老城区 2010 年 1 月的汽车净增量就为 14928 辆。与之相对应的是保险合同纠纷案件量的大幅度增加。作为普通老百姓,了解保险知识,了解保险合同条款也是保护自身合法权益的必需。像本案中的原告马某,其车辆是在 2002 年购买的。本身车辆就进入加速老化期,具有发生车辆自燃的可能性。而每年投保时保险公司的投保单上也清晰地列明可供选择的主险和附加险。其完全可以在了解清楚以后作出是否投保“自燃损失附加险”的选择,以避免造成本案的损失。当然保险公司在根据市场需要开发出新型险种的同时,也应通过宣传使广大投保人知道和了解。比如较新的险种如精神损失附加险、进口玻璃单独破碎附加险以及车辆停驶损失险等,知道的投保人就比较少。因此在注重企业效益与顾及社会大众利益两者之前,保险公司仍需找到很好的平衡点。



正邪的较量

——真假难辨的买卖合同纠纷案

来林娟*

案情简介

原告:林某某,男,安徽农民,在四季青服装市场从经营活动

被告:张某某诸暨人,男,四季青服装经营户

证人:吴某某,女,江西农民

林某某在杭州市四季青服装市场租有两个服装店铺,常年从事某品牌牛仔裤的杭州总经销业务。因其老婆同乡江西人吴某某要求与其共同经营,于是双方在林某某租赁的上述摊位经营林某某代理的某品牌牛仔裤,双方各半投资,共同经营,利润各半分配,林某某的两摊位则按市场价租给双方共同经营服装。

生意不错,几年后林某某积蓄多了,就想转行改做其他生意。

吴某某因无能力单独经营,又因离家多年也正好想回去,于是双方决定,将两人合伙经营的摊位连同店内经营服装的品牌代理权及该品牌未销售的库存服装一并转让出去。转让后所得资金,摊位因本属林某某租用,故该笔转让费归林某某所有,而店内库存品牌服装的转让费由林某某与吴某某对半分,合伙经营在外的应收款由林某某负责收取,但林某某需另外支付给吴某某人民币 10 万元。

2005 年 10 月诸暨人张某某与妻子章某某经过与林某某、吴某某一再协商达成如下转让协议:

1. 林某某与吴某某将杭州市四季青服装市场两只摊位的租赁权转让给张某某夫妻。转让费人民币 480000 元;

2. 林某某与吴某某将某品牌服装经营权及该厂生产的产品一并转让

---

* 来林娟,女,浙江浙联律师事务所专职律师。

给被告使用,转让费合计人民币 596880 元;

3. 张某某先支付人民币 48 万元,约定余下的 116880 元张某某一有钱立即归还,但最迟于 2006 年 12 月 31 日前付清。

协议签订后,张某某先通过银行转账分别支付给林某某人民币 38 万元,支付给吴某某人民币 10 万元。

至此,张某某与林某某、吴某某转让协议的履行暂告一断落。吴某某也回老家江西去了。2006 年 8 月,吴某某因林某某尚有 58440 元钱未支付,经多次电话催讨,林某某以张某某未支付余款为由,表示暂不支付。为此,吴某某赶回杭州讨债,拿不到钱后,就偷拿了林某某放在摊位里的车钥匙将林某某的车子开走,使得两人的矛盾激化。

后在警方的干预下,林某某当场支付给吴某某人民币 8440 元,余下的 50000 元则出具欠条,并规定林某某必须在 2006 年 12 月 30 日前付清,同时吴某某也出具字条说明,张某某处的欠款人民币 116880 元,归林某某所有与其无关,故吴某某不得前去讨要。

为了能尽早归还吴某某的欠款,林某某多次向张某某讨债。章某某总是借故不还,后来干脆告诉林某某:要么将摊位中卖不了的服装低债给林某某,林某某不同意。

林某某归还吴某某的欠款后请律师向法院提起诉讼,受理案件后作为代理人我立即打电话与张某某联系,电话是张妻章某某接的,态度与林某某所说一样,要么将摊位中卖不了的服装低债给林某某。于是诉请法院,要求张某某付清人民币 116880 元欠款。

2007 年 2 月开庭前一个工作日,也是本案举证到期日的下午,这天正好是星期五,被告递交证据两份,一张是由吴某某签名的收到张某某支付货款人民币 116880 元的收据和一张证明,同样是吴某某签名的字条,上面书写着这样的内容:本人证明张某某支付的摊位转让费 48 万元及剩余产品货款 116880 元共计 596880 元已全部付清。

收到被告的两份证据材料,思考着起诉前电话里被告妻子章某某的回答,我感觉事有蹊跷,必须认真核实。

通过查看字条上吴某某的签名笔迹,林某某认定这名字是吴某某签的。于是林某某立刻开车赶往江西。

林某某在吴某某江西的老家找到了吴某某,吴某某看到林某某递给它的两张自己签名的字条,连说"我不晓得的,我不晓得的",就躲到了楼上,不肯下来。

林某某的大声诉说引起了同村老乡的同情，更引起了吴某某老公的重视，他一面让林某某先回妻子家，一面去做吴某某的思想工作。

第二天，林某某再次登门，吴某某的老公告诉林某某：吴某某并没有拿到张某某支付的任何款项，吴某某之所以会书写这张字条，完全是由于张某某老婆要求它这么做的。

林某某表示：希望吴某某在明天下午法院开庭时将情况向法庭说清楚。否则自己只能输了与张某某的官司后，起诉吴某某讨回本属于自己的货款。临走前林某某将我的电话告诉了吴某某的丈夫。

星期一上午，吴某某终于打电话给我，要求向法庭说清楚她在没有收到张某某的货款的前提下出具收条和证明的事实原委。

下午3时开庭，庭审中，吴某某来到法庭。

吴某某接过书记员递过来的两张字条，看了一下上面的签名后道："这两张字条是被告的妻子农历正月初七赶到我江西老家让我抄写的。"

法官问："收条上所说的116880元货款，你有没有收到？"

吴某某说："我没有收到。当时被告的妻子告诉我说，林某某通过法院将其经营的两个摊位封掉了，因此要求我替它作假证。我不肯，被告老婆就说：'你不用怕，没有事情的，如果有问题，我会负责的。'"

"你写的收条和证明为什么没有书写日期？"法官问。

"被告老婆叫我写时间，我不肯写，我说：我又没有收钱，我不能写日期的。"吴某某回答说。

"当时被告老婆让我抄写字条及三张证明时，还说：'你写的东西用不用得着还不知道的。同时章某某还从我处拿走了四页我与林某某的销售记账单。"吴某某接着说。

"你说的另两张证明是不是这两张？"法官出示了被告前期提交给法庭证明原告违约的另两张证明。

"是的。当时被告老婆为了让我放心，特意书写了这张字条给我，这上面是这样写的，我写的四张字条都不算数的，如果因我书写的这四张字条而产生的一切后果都由被告老婆负责，与我无关。"吴某某说完将一张被告老婆书写并签名的字条交给法官。

这张字条是这样写的：前面是重复吴某某书写的四张字条包括收条及证明三份，接下来是被告老婆陈述，内容为："吴某某书写的四张字条都不算数。由这四张字条而产生的后果由被告老婆负责。"

争议焦点

张某某有没有付清欠款116880元;张某某提交的吴某某的证据是否属实。

法院判决:

法院认为,张某某提出款项已付清的证据主要是吴某某出具的"今收到张某某支付剩余货款116880元"的收条及"本人证明张某某支付的摊位转让费48万元、剩余产品货款116880元,共计596880元,已全部付清"的证明。针对该两份证据,林某某认为系伪证,并申请吴某某作为证人出庭作证。证人吴某某陈述116880元剩余产品货款其实并未收到,是2007年3月1日应张某某的妻子章某某的要求抄写的,同时,章某某向吴某某出具了一份证明,表明与吴某某无关,如果官司输了,张某某会还钱给林某某的。并出示了章某某写的证明。对该争议的事实,本院询问了张某某、章某某,张某某、章某某对2007年3月1日的证明予以认可,但章某某陈述"因为林某某起诉我们,吴某某要求我出具一张证明,关于林某某违约的事情就只找林某某赔偿,不要找她吴某某赔了,吴某某要求我出这张证明,我看她没什么钱,出于同情她,我就给她了"。关于证明中"证明吴某某出具以下三张证明由张某某本人承担,与吴某某无关"的表述,章某某解释,因为"他(林某某)牌子的经营权根本没有转让给我们,他自己还在卖,我当时要林某某付违约金,那与吴某某也有关系的,但吴某某是没有钱的,所以我写了一张证明不要吴某某承担,只找林某某赔偿"。关于没有落款日期的收条及证明出具的具体时间,章某某陈述"48万元全部付清的证明和收条是2006年12月份或是2007年1月份写的"。对此,本院认为,根据章某某的陈述,吴某某在2006年12月份或2007年1月份已经写了收条和证明,但张某某却于2007年2月14日以"因本案重要证人吴某某已经回老家过春节,短时间无法到庭。如果不能延期,申请人在规定的时间内无法取得证据,现春节临近,申请人无法取到相关证据"为由向本院申请延期举证,且张某某在本院准许延期届满之日即2007年3月9日才提交了该收条、证明。根据此事实,可以认定张某某、章某某在本院作出的陈述不真实。本院采信证人吴某某关于没有落款日期的收条和证明是2007年3月1日出具的陈述。关于章某某给吴某某的2007年3月1日证明,章某某对其中"证明吴某某出具以下三张证明由张某某本人承担,与吴某某无关"的解释是其表示不再向吴某某追究违约责任,对此,首先,该证明内容无张某某、章某某放弃向吴某某

主张相关权利的表述。再则，根据日常交易惯例，付款人支付款项后由收款人出具收条，双方关于款项交付的交易行为即已完成，无须付款人出具证明。张某某、章某某关于应吴某某的要求，出于同情，给吴某某出了证明的解释，其理由不足以采信。根据上述章某某给吴某某出具证明的事实，张某某、章某某关于收条、证明出具时间的陈述，及张某某申请延期举证的理由及实际举证时间，足以否定张某某提供的没有落款日期的证明、收条的证明力。该收条及证明，其形式上虽真实，但该两份证据的内容不具有证据的可采性。被告张某某辩称已将116880元款项支付给吴某某，转让费和货款已全部付清的抗辩理由不能成立。被告张某某应向原告林某某支付货款116880元。综上，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条之规定，判决如下：

张某某于办案判决生效之日起10内支付林某某货款116880元。

如张某某未按上述期限履行付款义务，则应依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定，加倍支付迟延履行期间的利息。

案件受理费3848元，财产保全申请费1104元，由张某某负担。

经典评析

本案的争议焦点是张某某有没有付清欠款116880元；而这两张吴某某签名落款的字条，如果是真的，尽管林某某与吴某某有约在先，吴某某不可以向张某某要钱，张某某未支付的欠款与吴某某无关，属林某某所有，而且林某某也已向吴某某付清本该属于吴某某的合伙货款，但如果真是张某某将钱支付给吴某某，这也完全合法。因为转让协议是林某某、吴某某与张某某签订的，更何况第一次张某某支付的48万摊位转让费其中的10万元就是支付给吴某某的。因此，哪怕林某某告知过张某某，余下的转让费只能支付给自己，吴某某无权收取也没用，因为只要林某某拿不出书面证据证明自己以告知过张某某，张某某也完全可以否认。因此查明这两张证据的真实性是本案的关键所在。根据起诉前与章某某的通话中其表示要以其卖不出去的库存服装抵债，判断张某某已付清欠款的可能性不大，故通过仔细地向证人核实终于查清了事实的真面貌，因此才为林某某讨回了公道。

判决书生效后，被告拒不执行判决书规定的付款义务，在原告申请法院强制执行后，被告不得不将款项打入法院账户中，同时被告又以原告违约为由向一审法院提起诉讼，要求原告支付违约金人民币16万元。

案情简介

原告：张某某诸暨人，男，四季青服装经营户

被告:林某某,男,安徽农民,在四季青服装市场从经营活动

证人:吴某某

证人:王某某,朱某某五人,均系林某某的客户

2005 年 9 月 14 日,林某某、吴某某(甲方)与张某某(乙方)签订协议书,约定甲方将位于四季青某摊位转让给乙方,转让费为 48 万元。摊位由 2006 年 1 月 1 日接手,某产品由乙方独家经营。甲方的剩货由乙方承担,货款付不出可打欠单,尽量早点付清,预付定金 8 万元。双方不得违约,如违约 3 倍补偿对方。乙方在 12 月 31 日之前应付清剩余的转让费 40 万元。嗣后,林某某将珠光厂出具的某品牌的牛仔裤休闲服饰在浙江省总代理的授权委托书交给张某某。

张某某以从吴某某处拿来的四页林某某与吴某某的销售记账单中有某品牌裤子的型号服装为由认定:2006 年 1—4 月期间,林某某没有履行协议的约定,在四季青经营某品牌裤子,致使其无法继续经营,应当承担违约金。同时以林某某无权转让某品牌的经营权为由,认定林某某有违约行为,应该承担违约责任。请求判令林某某承担违约金 16 万元。

为此,张某某出具了由某品牌厂家法定代表吴先生确认的证明林某某交给张某某的由珠光厂出具的某品牌的牛仔裤休闲服饰在浙江省总代理的授权委托书上的公章为虚假的证明及吴先生确认某品牌裤子中有林某某、吴某某销售记录中的型号的证明各一份。

同时提供与吴某某的录音电话,以证明 2006 年林某某有违约销售某品牌裤子的行为。

为说明事实,林某某申请上述四页销售账单中的客户与吴某某到法庭作证,上述客户一致证明林某某店面转让后没有再销售过某品牌裤子,吴某某证明其并没有告诉张某某林某某在 2006 年销售某品牌裤子。

同时 2007 年 7 月 26 日我与林又前往广州找到某品牌厂家法定代表人吴先生仔细核对后发现,张某某 2007 年 5 月 15 日让吴先生确认的授权委托书是复印缩小后传真过来的,因此传真件上的某品牌厂家的公章小于正常的公章,所以吴先生才认定其上面的公章是假的。为此吴先生对上述情况出具说明一份,同时吴先生还说明某品牌裤子的型号是随意编的,不能代表任何内容。证人吴某某也到庭说明了账单上的型号的服装并非某品牌裤子。

争议焦点

林某某是否存在违约行为?

法院判决:

记账单的真实性可以确认,但该 4 张记账单中载明的服装货号并不能直接反映服装的品牌,因此不能达到张某某据此证明林某某仍在销售某品牌裤子的目的。对该 4 张记账单的证明力,本院不予确认。

某品牌系珠光厂注册的服装品牌,珠光厂系个体工商户,经营者为吴先生。

2007 年 7 月 26 日,珠光厂出具证明,表示该厂曾于 2002 年夏天授权林某某销售某品牌牛仔裤,后经林某某介绍,该厂同意张某某在杭州四季青销售总代理某品牌牛仔裤。此后,林某某未再从该厂购进某品牌牛仔裤。

本院认为,本案的争议焦点为林某某是否存在违约行为。林某某作为某品牌服饰的经销商,其并无权决定某品牌服饰的代理权,因此林某某、吴某某和张某某在协议书中约定"产品某品牌由乙方独家经营",只是表明林某某同意不再经销某品牌服饰。此后,林某某亦已将某品牌服饰浙江总代理的授权委托书交给了张某某,而张某某在杭州四季青销售某品牌服饰的代理权,亦已经珠光厂确认。因此,张某某以林某某无权转让某品牌服饰的经营权为由主张林某某违约不能成立。

服饰的货号与品牌之间并不具有特定性和专一性。本案中,张某某未能提交有效证据证明 808、806、110、602、605、607、608 等货号系某品牌服饰所特有的货号,张某某主张林某某销售过上述货号的服饰就是销售了某品牌服饰的事实不能成立。因此,张某某以林某某违约销售某品牌服饰为由主张林某某存在违约行为亦不能成立。

对珠光厂及其经营者吴先生身份情况,本院予以确认。

2007 年 5 月 15 日,对授权委托书的说明系针对该授权委托书的传真件而非原件作出的,而授权委托书的内容与证据 8 中的授权委托书内容一致,且在上一案件中已经双方当事人确认,2007 年 7 月 26 日,珠光长的经营者吴先生亦以书面证明的形式进行了解释和说明,因此张某某以该份说明证明林某某提供假冒的授权委托书不能成立,对珠光厂于 2007 年 5 月 15 日对授权委托书所作的说明,本院不予确认。

珠光厂分别于 2007 年 5 月 9 日和 5 月 15 日就某品牌裤子的货号出具了证明,但两份证明的内容互相矛盾,因此该两份证明本院均不予确认。

通话录音中通话的双方并非本案的双方当事人,通话内容相互矛盾,因此该两份证明本院均不予确认。

2007 年 7 月 26 日吴先生出具证明反映的内容,与珠光厂的授权委托书等内容能互相印证,本院予以确认。

综上,张某某的诉讼请求缺乏事实依据,本院不予支持。据此,依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条之规定,判决如下:

驳回张某某的诉讼请求。

案件受理费人民币 3500 元、财产保全申请费人民币 1129 元,合计人民币 4629 元,由张某某负担。

判决书下达后,张某某不服向二审法院提起上诉,二审查明事实后驳回了张某某的上诉,至此林某某终于从一审法院拿到了货款。

经典评析

本案的争议焦点是林某某有没有违约行为。原告张某某认定林某某违约的事实为:第一,林某某无权转让某品牌服装的总经销权;第二,林某某在某品牌服装浙江总经销权转让后仍在经营上述品牌服装。并以某品牌厂家法定代表人吴先生出具的证据来证明林某某交给他的某品牌服装总经销的授权书中的某品牌厂家的公章是假的,同时又用林某某的合伙人吴某某交给其的转让后的林某某的服装销售账单及与吴某某通话来证实林某某转让后仍在销售某品牌服装的行为。

看起来张某某的证据充分,此案必输。可在确定事实真相的基础上,通过细心向证人核查,终于查清:原来是张某某将复印缩小后的某品牌服装总经销的授权书传真给吴先生让其确认真假的,吴先生看到缩小的公章而产生错觉才作出了认定某品牌服装总经销的授权书中的公章是假的证明,同时吴先生还向法院证明,曾经林某某介绍出具过将某品牌服装总经销的授权给张某某的事实,同时还向法庭证明林某某在出具上述授权书后再没有进行过某品牌服装销售的事实,同时还说明了某品牌服装的型号是随意编的,不能说明任何问题。

上述材料充分说明林某某虽不是某服装品牌的所有人,但其通过自己的工作使得张某某取得了该品牌浙江总代理的授权,同时也证实了林某某在转让后没有销售某品牌服装,因无进货则无货可销。综上所述,林某某无违约行为。

终于协助法院查清了本案事实,法院给了林某某一个公正的判决。

一起担保纠纷案的处理始末

——工行与新艺公司、某电厂金融借款合同纠纷案评析

行军安*

案情简介

1993年1月，某省新艺壁纸有限公司(以下简称新艺公司)向某市工行国际营业部(以下简称工行)借款76万美元，借款期限为一年。某热电厂(以下简称电厂)为该笔借款提供了不可撤销担保。1994年借款到期后，新艺公司无力还款，向工行提出展期申请，工行要求电厂继续提供担保，电厂同意后出具了继续承担担保责任的承诺，工行同意贷款展期至1995年1月。展期到期后，新艺公司仍无还款能力，工行开始从电厂账户扣划贷款利息。

本案从1996年开始到2004年双方和解，前后历时九年，从市中级人民法院到省高院最后申诉至最高人民法院，经历了一审、二审、发还重审、二审重审、高院申诉、最高法院申诉，穷尽《民诉法》规定的所有审判程序，最后双方达成和解协议。

由于本案争议发生在《担保法》颁布以前，此前法院审理担保方面的纠纷主要适用的是1994年4月15日最高人民法院发布的《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》(以下简称最高法院保证规定)。一审法院依据不可撤销担保书与最高法院保证规定判决电厂承担连带担保责任。电厂不服向省高级人民法院上诉。在上诉期间，电厂发现了一份重要的证据。原来，新艺公司在电厂为76万美元提供担保的同时，又以自有资产向工行对76万美元及部分人民币贷款进行抵押担保，双方就此向省公证处进行公证。但是，新艺公司向工行的人民币借款不断增

---

* 行军安，中国政法大学法学学士，擅长处理电力企业生产、经营活动所涉各类法律事务，对能源电力企业资产重组、改制、合同管理等方面的法律业务有丰富经验，阳光时代律师事务所专职律师。

加,工行为了保证人民币贷款安全,向新艺公司提出76万美元由电厂继续提供担保,撤回新艺公司以资产对76万美元的抵押担保,用这笔资产对新艺公司在工行的800万元人民币借款设立了财产抵押。双方共同到公证处对原公证书进行了修改,但公证书文号与公证日期却没有改变。这样公证处留下了两份编号和日期相同但内容有差异的公证文书。对于这些情况,电厂一无所知。在二审开庭之前,新艺公司董事长向电厂披露了上述公证情况,却没有任何书面证据。新艺公司董事长在他办公室翻箱倒箧找出了一份有76万美元抵押内容的公证书复印件,提供给电厂。电厂在不辨真伪的情况下,没有将此作为证据贸然向法院递交,而是向新艺公司提出作为他们的证据由其向法院递交。新艺公司同意并在开庭时向法院递交了那份证据。经法庭质证,工行当庭承认,并说出两份公证书的原件均在省公证处。经法院调取证据,两份编号与日期一致而内容有差异的公证书露出水面,同时工行承认,两份公证文书不是同一天签署的,前一份与后一份日期相差二十多天。

二审法院以一审判决事实不清证据不足为由,将原判决发回重审。在发回重审的过程中,《中华人民共和国担保法》颁布并生效。《担保法》第二十八条规定:同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。结合工行与新艺公司前后两份时间和编号一致而内容差异的抵押公证文书,可以得出一个结论:第一份抵押公证协议是双方当事人的真实意思表示,双方同意用新艺公司的资产对其在工行的76万美元与人民币借款进行抵押担保,与此同时电厂也作为76万美元的担保人对76万美元借款承担保证责任。第二份抵押公证书根据工行的说法是在第一份签署后的二十天签订的,第二份抵押公证书双方删除了新艺公司用其资产对76万美元抵押担保的内容。结合工行前后行为,可以认定工行放弃了新艺公司以资产对76万美元贷款的抵押权。根据《担保法》第二十八条规定,同一债权既有保证人又有物的担保,债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

但是工行放弃抵押权的行为发生在《担保法》实施以前,《担保法》没有溯及以往的效力,以往的法律和司法解释对此没有规定,电厂又一筹莫展。

在《担保法》实施以前,最高法院下发了《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》(以下简称通知)。根据通知第三条的规定:对在《票据法》、《担保法》施行以前所发生的票据行为、担保行为,应当适用该行为发生时的有

关规定；如果行为发生时没有规定的，可参照《票据法》、《担保法》的规定。此规定等于赋予担保法有部分溯及以往的效力。据此，我们代表电厂向法院提出，本案应当适用《担保法》。一审法院采纳了这一观点，并判决电厂不承担任何担保责任。

工行不服判决提出上诉，省高院维持一审判决。判决生效后，电厂开始执行回转被工行强行划走的利息。在此期间，工行向省高院提出申诉，被省高院驳回。工行又向最高人民法院提出申诉申请，并通过工行系统的全国人大代表利用全国人大会议期间向当时的最高法院院长提出此案。此时，电厂已经向一审法院申请执行，并依照最高法院关于执行工作若干问题规定，正逐级执行工行的上级机构省工行乃至总行。

审理判决

1. 原审一审判决结果

法院一审支持了原告工行对新艺公司承担还款责任，电厂承担连带还款责任的判决。

2. 原审二审判决结果

由于被告电厂不服一审法院的判决，向省高院提起上诉，二审法院以事实不清、证据不足、适用法律不当等原因发回一审法院重审。

3. 重审一审判决结果

发回重审后，一审法院重新组成合议庭进行审理，判决新艺公司承担还款责任，作为担保人的电厂，对同一债权既有保证人又有资产抵押的情况下，工行以自己的行为放弃物的抵押权，保证人在其放弃的范围内免除担保责任。因此，法院判决电厂免除担保责任。

4. 重审二审判决结果

工行不服判决，向省高院提起上诉。二审法院维持了一审判决。

5. 第一次申诉

判决生效后，电厂开始向法院申请执行已被工行划走的利息。工行向高院提出暂缓执行申请，同时提出申诉。高院驳回了其申诉申请。

6. 第二次申诉

第一次申诉被驳回后，工行又向最高法院提出申诉申请。最后，在最高法院主持下双方达成调解协议，工行撤回申诉。

争议焦点

本案的审理正处于新旧法交替过程中，涉及新法有没有溯及力的问题。

适用旧法和适用新法结果迥异。因此,本案在事实基本清楚的情形下争执的焦点成为法律适用问题。之前有关担保法律规定不完善,而新的担保法又刚刚实施,适用新法大量关于担保方面的纠纷便迎刃而解。适用旧法,法院将面临大量矛盾无法解决的尴尬。另外,对重要证据的不同理解和争执也贯穿本案始末。

经典分析

1. 关键证据的搜集与把握决定了案件的成败

本案从一审时山穷水尽,到最后柳暗花明,都源于两份关键证据的出现。对两份内容不同的公证文书,由于电厂方对该证据真伪没有把握,在二审开庭前曾想放弃向法院提出这一证据。经过考虑,证据由新艺公司举证。这样既不错过良机又能避免提供伪证的风险。事实证明了这一决定的正确。

律师在诉讼过程中应该学会最大限度分析使用搜集到的证据,看似没有关联的证据,经过分析研究,进行不同的排列组合,会得到意外的收获。例如本案中的两份公证书文书,刚开始只是知道工行和新艺公司修改了原抵押公证协议,两份公证的文号与时间相同,知道他们在作假,也考虑到运用法律手段予以揭露。但根据谁主张谁举证的原则,我们没有相应证据证明,工行完全可以将责任推给公证机关说是他们的工作失误。但如果换一个角度考虑,认可他们之间的协议是真实的,只须利用两份抵押公证书的差异,便可证明工行的行为是放弃物的担保行为。这样举证责任便落到工行一方,他们很难举证说明自己的行为不是放弃物的担保。

2. 认真研究现有的法律法规,制定出适合本案的代理思路

电厂在本案的一审阶段处于绝对劣势地位,败诉已成定局。新艺公司没有任何还款能力,电厂一旦败诉,将成为最终责任承担者。为在绝境中求得一线生机,我们建议电厂选择上诉这一途径。当搜集到重要证据案情出现转机时,及时研究证据在当时法律体系下如何最大限度发挥作用,研究、制定代理方案,经向有关专家咨询,最终确定代理思路。

由于《担保法》在当时是一部刚颁布的新法,法官们也在学习,他们也没有依据新担保法判案的经验。我国民事立法一般采取从旧原则,新法通常没有溯及以往的效力。因此在适用担保法时,法官往往趋于保守,并且对旧法的熟悉使他们更愿意适用旧法判案。作为代理人,要让法官接受自己的观点,首先要让法官了解自己的观点,但几乎所有法官在看完案子以后都认

为电厂应该承担连带担保责任。我没有奢望法官在听了我的代理意见后会在一夜之间改变他原来的观点,我采取循序渐进、逐渐渗透的方式,使法官一点一点理解并接受我的观点。首先让法官感觉到我提出的观点也是一种思路,接着让法官了解这种思路的法律依据,然后重点分析两份证据之间的差异,依据现有法律结合证据得出结论。这样,观点——法律依据——证据,三位一体,最后使法官对我的观点了然于胸。

3. 对银行系统的执行难问题

本案是电力企业与银行之间的诉讼,虽然都是企业,但由于银行系统的特殊性给本案的执行带来一定的难度。电厂二审胜诉后,向法院提出申请执行回转被工行划走的利息。法院受理后,原本认为资金雄厚容易执行的银行,却让法院执行人员无从下手。原来,工行的储蓄账户法院不能动,自有资金账户工行不给提供,银行办公楼不能查封,押钞车不能扣押,无奈之下到人民银行去查工行的存款准备金和备付金(俗称两金)是否超过央行规定的比例,超过的话,根据理论应该可以执行。经过查询,工行存款准备金超过了央行规定的比例,但人行拿出中国人民银行关于贯彻落实中共中央政法委《关于司法机关冻结、扣划银行存款问题的意见》的通知,明确答复两金不能动,至于超出规定比例的部分国家没有相关规定,法院没有法律依据,执行工行两金的路被堵死。

二〇〇〇年九月四日,最高人民法院、中国人民银行联合下发《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》,为执行银行带来一线希望。该通知第八条规定:金融机构的分支机构作为被执行人的,执行法院应当向其发出限期履行通知书,期限为十五日;逾期未自动履行的,依法予以强制执行;对被执行人未能提供可供执行财产的,应当依法裁定逐级变更其上级机构为被执行人,直至其总行、总公司。每次变更前,均应当给予被变更主体十五日的自动履行期限;逾期未自动履行的,依法予以强制执行。根据这一规定,执行法院将市工行列为被执行人,并逐级将省工行列为被执行人,正准备依照程序将工总行列为被执行人时,工行妥协了。事实证明,这一通知的出台,对解决银行作为被执行人的执行难问题有所缓解,银行头顶从此高悬一把达摩克利斯之剑。

4. 帮电厂达到双赢效果

电厂在紧锣密鼓地执行工行时,由于要上两台三十万机组设备,须向银行大量借款。工行有意贷款给电厂,但双方因担保纠纷发生诉讼,而且此时工行正不遗余力向最高人民法院提出申诉申请,似乎双方没有缓和余地。

作为代理人深知双方耗时、耗财、耗力,都已筋疲力尽,只是没有合适的台阶下,因此双方都在硬撑。最高法院在审查工行申诉申请时,也向双方提出和解建议,工行与电厂都有强烈的和解愿望。代理人看准时机从中斡旋,最后,市工行行长亲自到电厂拜访厂长,表示愿意向电厂提供贷款,同时提出诉讼案的和解意愿。经过研究,电厂认为目前和解对双方都有好处,避免无休止的纷争,也可以得到工行雄厚的资金支持。和解即妥协与让步,电厂作为胜诉方,与工行和解就要面临国有资产流失的问题。为了表示诚意,电厂与工行签订了和解协议,表示不再向工行追索被划走的利息款,工行撤回向最高法院的申诉申请。合同约定以电厂的上级主管单位答复电厂允许和解为和解协议的生效条件。

半个月后,在电厂上级主管单位答复可以和解的同时,双方签订了2亿元人民币的银行借款协议,至此双方结束了近十年的马拉松式诉讼,推杯换盏,握手言欢。

刑 事 篇





生与死的边缘

——为唐某故意伤害案二审辩护

金迎春　王　军*

案情简介

唐某因涉嫌故意伤害罪于2008年5月31日被浙江省B市某区公安分局刑事拘留，后经B市人民检察院批准于同年7月5日被依法逮捕。本案由B市公安局某区分局侦查终结后，于2008年9月26日移送B市人民检察院审查起诉，于同年9月29日向B市中级人民法院提起公诉。公诉机关控诉，2008年5月28日，被告人唐某、王某、戴某、熊某、叶某、黄某等人在B市某区的一家饭店饮酒时，黄某认为同在此处吃宵夜的被害人看他不顺眼。次日凌晨3时许，被告人唐某、王某等人在被害人走出饭店时，无事生非，分别采用啤酒瓶、凳椅等工具，紧跟而出并开始殴打被害人严某、张某，将其二人打倒在地，其中被告人戴某拿出随身携带的尖刀捅刺严某。后上述被告人又回到饭店对被害人段某实施殴打，其中被告人唐某用菜刀砍击被害人段某，王某等人也用凳脚、啤酒瓶等对其进行殴打。尔后被告人逃离现场，被害人段某经医院抢救无效死亡。

审理判决

经一审判决，被告人唐某被一审法院判处死刑，剥夺政治权利终身。唐某不服一审判决提出上诉。我们接受浙江省法律援助中心的指派后，经查阅案件材料，认真分析和研究案情，精心准备后参加了2009年4月16日的

* 金迎春，女，浙江大学民商法法学硕士，专业从事企业投融资、公司并购、企业破产、资产重组、房地产开发、金融信托产品服务等领域；浙江天屹律师事务所专职律师。

王军，男，兰州大学法学学士，专业从事刑事、公司、房地产、金融等领域的诉与非诉业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

庭审。辩护人提出在一审判决认定唐某在饭店内用菜刀朝被害人段某身上连续砍切致其死亡的事实不清,证据严重不足;被害人尸体检验报告和活体损伤鉴定书缺乏科学性且存在漏洞,要求重新鉴定;一审判决量刑过重,要求改判等观点。后法院采纳了辩护人的部分观点,判处唐某死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身。

争议焦点

1. 段某的死亡结果是否由唐某直接伤害造成的?
2. 一审判决对唐某量刑是否过重?

经典评析

考虑到人命关天,本着对生命负责的法律执业精神,辩护人投入大量精力,在认真查阅本案一审全部案卷材料的基础上,多次会见被告人并仔细询问了事发经过。通过对案件现有证据的细致分析,辩护人提出本案存在几个重大疑点:第一,根据法医学尸体检验鉴定书显示,被害人致命伤系带刃锐器所致,唐某所持菜刀是否属于带刃锐器?菜刀致伤能否呈现出鉴定书中描述的刀伤形态;第二,根据被告人唐某及其他同案犯的供述结合案发地实际情况,唐某所处位置是无法造成段某致命伤害的;第三,案发过程中,同案被告人戴某也持有锐利的匕首,不排除其故意伤害致人的可能。针对上述疑点,辩护人从本案审理程序和实体两个方面着手开展辩护工作。二审过程中,辩护律师就案件实体问题主要从以下几个方面进行辩护。

1. 一审判决"认定"的部分关键事实不清且证据严重不足,应予改判。

一审判决认定"被告人唐某不仅持菜刀直接造成被害人段某的死亡,而且围追、毒打被害人严某、张某,情节严重"明显错误,且缺乏相应的证据证明。特别是被害人段某的致死与被告人唐某持刀行为之间有无直接因果关系的证据严重不足,且相关证据相互矛盾不具有排他性,不能排除导致被害人段某致命伤害的其他诸多可能。

(1)被告人唐某自第一次讯问到二审开庭期间的全部供词都基本一致,供词前后一致且始终稳定,其并未回避或否认对被害人头部、背部的伤害行为,但始终没有供述其用菜刀砍切被害人大腿。

(2)被告人戴某存在造成被害人致命伤害的重大可能。

被告人戴某随身携带匕首,其自己也认可随身带了一把匕首,但一审法院在没有找到致命凶器的情况下,武断地认定其持有的仅是一把水果刀,错误地将匕首排除在鉴定报告中所描述的长刃刀具范围外,对案件事实具有

误导性；同时，被告人戴某的供词一直回避其进入厨房的时间甚至否认进入过厨房，且从门外其他两被害人严某、张某受刀伤的情况、伤口的长度与深度来看，其下手凶狠、手段残暴，不排除被告人戴某持匕首进入厨房对被害人段某实施伤害行为的重大可能性。

（3）本案主犯黄某至今未归案，案件事实情况不清晰且残缺不全，不排除其伤害被害人段某的可能性。

本案挑起事端的主犯黄某在案发时积极参与，极力煽动并持啤酒瓶等对被害人严某等实施了严重的侵害行为，现黄某至二审时仍未归案。结合同案犯供述，不排除黄某在案发当时随身携带匕首伤害被害人段某的可能性。黄某的供述及所涉犯罪事实可能对本案的判决结果产生重大影响，而一审法院在主要案犯未归案的前提下武断地判处被告人死刑是轻率的，也是不够慎重的，很有可能产生冤假错案，造成真正的罪犯逍遥法外。

（4）根据法医学尸体检验鉴定书，对被害人段某左腰部及双手创口的致伤工具认定为：左腰部划伤及双手创口其创角锐利，创缘整齐，符合带刃锐器所致……。从鉴定报告对上述伤口的描述看，应该是由匕首或其他锐器所致，而不符合菜刀致伤的特征。根据法医学尸体检验鉴定书的显示，被害人致命伤为两处刀伤，分别位于右大腿内侧 12.0 厘米×3.7 厘米及左大腿上方 12.6 厘米×4.5 厘米，且两处伤口呈现出明显的连贯性。如用菜刀致伤则根本无法一刀砍切在被害人两大腿上且伤口长度相近，两处刀伤流畅连贯，角度近乎在一条直线上的深度一致的伤口；如果是实施了两刀伤害，则用菜刀能够产生如此整齐、连贯、角度在一条直线上的伤口的概率极低。因此，从被害人致命伤伤口的特点分析，用菜刀所致的可能性不大，而由其他锐器致伤的可能性更大。

一审庭审笔录中被告人叶某当庭陈述："看到唐某一个人在案台的一边，王某和戴某在案台的另一边……被害人在王建成、戴某那一边的里面。"从叶某的陈述中我们可以大致确定当时厨房内各人所处的位置，被告人唐某进入厨房后处在靠门口的位置，根本不存在砍到被害人大腿且连续两刀的可能（庭审辩护时以图示说明，强化方位感）。

2. 一审判决据以定案的重要证据——法医学尸体检验鉴定书缺乏科学性且漏洞明显，依据不足，带有明显的误导误推性质，应予纠正。

辩护人认为一审判决据以定案的主要证据法医学尸体检验鉴定书明显缺乏科学性，鉴定结论存在严重的误导且含混模糊，似是而非。该报告甚至对最基本的事实：受害人段某大腿上所受的两处刀伤系一刀连续伤害所致



还是分两刀实施伤害所致且这类应当予以鉴定说明的关键事实都只字不提。根据公诉机关提供的证据,相关被告人明确认可捅刺了受害人,该两人所受伤害应当存在捅刺伤,但遗憾的是两份法医学人体损伤程度鉴定书的结论均为:……受锐器砍切作用致伤。而对受害人段某所受伤害的鉴定结论为:段某系左大腿遭锐器砍击致死。鉴定机构违反常规,错误地将捅刺伤与砍切伤混为一谈,将"砍切"与"砍击"等词语随意变换使用,极不严谨且明显错误,该鉴定报告不能作为认定案件主要事实的依据。

3. 本案关键物证——菜刀缺失,一审判决推断受害人所受创口为菜刀所致并判处被告人唐某死刑,明显不当。

根据法医学尸体检验鉴定书的结论:致伤工具符合带有一定重量的长刃砍器。但本案中的重要物证——菜刀至今下落不明,无法还原菜刀的实际大小,刀刃的长短,是否为长刃砍器等。一审法院想当然地推断菜刀符合上述尸检报告误导性的判断标准,想当然地推断菜刀一定比匕首和其他刀具长,显然经不起推敲和事实的检验。在没有确凿证据直接证明被害人的致命伤确由菜刀所致的前提下,不能排除其他同案犯使用匕首等刀具或在唐某放下菜刀后其他被告人又拿了菜刀伤害被害人的可能,因此本案重要物证缺失,重要事实存在重大疑点。一审法院在缺乏重要物证的前提下,推断定案,违反了刑事办案的原则,应予纠正。

4. 被告人唐某有酌定从轻、减轻处罚的情节,一审量刑过重。根据公诉机关提供的证据,可以确定在打斗的过程中,被害人段某首先从街面返回厨房持刀参与打斗和自卫,进一步激化了双方矛盾,增大了伤害的严重性和暴力性。该菜刀并非被告人唐某所带,也非唐某首先拿菜刀参与打斗,其主观恶性相对较轻。且被告人唐某是酗酒后在黄某等人的挑拨之下,一时冲动参与打斗致人伤害,缺乏一定的控制力。另外,被告人唐某只有小学文化水平,头脑简单且处世缺乏理性,法律意识匮乏,又系初犯、偶犯。案发后能如实供述所实施的犯罪行为,深刻悔罪,并动员家属给予被害人家属力所能及的赔偿。请合议庭在量刑时能够考虑上述综合因素,适当从轻处罚。辩护人认为被告人的行为尚未达到必须判处死刑,立即执行的程度,一审对其量刑过重,应予改判。

二审法院作出的改判结果对被告人唐某无疑是幸运的,但作为本案的承办律师在接受法律援助中心的指派,全面了解案情及查阅案卷后,如何确定故意伤害罪中死刑适用一直是我们思考的大方向。是否在故意伤害案件中致被害人死亡,被告人在没有法定从轻或减轻情节的情况下被判处死刑

立即执行，从而符合“以命抵命”、“杀人偿命”的传统观念呢？

从立法的精神来看，死刑在故意伤害致人死亡案件中的适用不同于故意杀人案件，不是首先考虑适用死刑而是最后才选择适用。对犯故意伤害罪的被告人适用死刑立即执行，比犯故意杀人罪的被告人适用死刑立即执行的标准要高，要求要严。依照《刑法》第四十八条的规定，只有判断被告人的罪行确实极其严重时，才能选择适用死刑。就本案而言，是一起普通的故意伤害致人死亡的案件，被告人唐某在同案犯的煽动、挑拨下对被害人实施伤害行为，当被害人拿起菜刀时唐某本能地将菜刀夺下，并用菜刀在被害人身体部位进行砍击，最终可能导致被害人死亡的结果。从人身危险性考察，唐某在案发前没有违法犯罪前科，无不良表现，致伤刀具也非唐某携带，而是唐某从被害人手上所夺。本案案发时唐某饮酒过度，无法正确判断是非，在其他案犯挑拨的情况下实施伤害行为，且本案尚存许多重大疑点。如果对被告人唐某处以死刑立即执行，无疑是对最神圣的生命的漠视。而本案被告人唐某故意伤害导致被害人死亡，因不具备明显的法定从宽处罚情节，就适用死刑立即执行的“以命抵命”的等量报应，这与《刑法》对死刑的功能定位并不相符。辩护人认为从被告人唐某的犯罪性质、主观恶性、人身危险性等综合因素考量，二审法院依法改判无疑是正确的。



敲诈勒索罪,还是非法拘禁罪?

——唐某、李某追讨高利贷而拘禁他人案评析

田暐 田野*

案情简介

2007年9月20日,陆某某因资金周转困难,通过李某介绍,向唐某借款人民币82万元,支付利息每月18万元,约定一个月后归还100万元,借款到期后,陆某某一直拖欠不还。

2008年3月12日14时许,唐某得知陆某某在某咖啡店,通知王某某到该咖啡店看住陆某某,随即通知罗某某至本市某酒店订好房间,并指使方某某到咖啡店带人。方某某即纠集3人将陆某某带至酒店505室。在车上,陆某某的手机被控制,使其不得与外界联系。17时50分许,李某接到唐某的通知后,赶至酒店505室,在要求陆某某还款未果的情况下,动手殴打陆某某,致其左上唇黏膜破损,牙齿松动(经过鉴定已构成轻微伤)。在场的人并未制止李某对陆某某的殴打行为。19时许,唐某赶到酒店505室,以陆某某近六个月没有归还借款100万元为理由,要求陆某某一次性归还本息350万元。陆某某当即表示不能接受,此时被告人罗某某用房间内的烟灰缸砸被害人陆某某的头部,后陆某某被迫接受归还唐某280万元,同时无偿借给唐某70万元使用一年。之后,唐某打电话叫来律师蔡某某起草了相关协议,并由陆某某在协议上签字确认。21时许,唐某离开酒店505室,23时许陆某某被允许离开酒店505室。随后陆某某向公安机关报案。

2008年3月13日凌晨1时许,罗某某在酒店505室被民警抓获;同年3月26日,唐某、李某、刘某至派出所投案;3月27日,王某某、方某某、徐某

* 田暐,男,毕业于中国人民大学法律系,刑法专业研究生,主要办理刑事辩护业务,浙江六和律师事务所专职律师。

田野,男,浙大城市学院法学院。

某和寇某某至派出所投案。

争议焦点

在本案中，唐某和李某的行为是否构成敲诈勒索罪？

控方认为，本案事实证明，陆某某向唐某借款本金为 82 万元，月利息为 18 万元。那么欠款 6 个月之后，本息合计为 200 万元左右，这与唐某要求陆某某一次性归还 350 万元相差甚远，其中多出的 150 万元属于凭空捏造，系以非法占有为目的的敲诈勒索。

辩方认为，李某的行为不符合敲诈勒索罪的主观要件。其原因是：

1. 由于本案存在法律不予保护的债务，唐某的主观目的是将高利贷索回，确属事出有因，这与以非法占有为目的的敲诈勒索有所不同。

2. 根据最高人民法院 2000 年 7 月 13 日《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》规定：行为人为索取高利贷、赌债等不受法律保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照《刑法》第二百三十八条的规定定罪（即非法拘禁罪）处罚。

3. 2008 年 3 月 12 日，李某到酒店的原因，是唐某和陆某某的借款中，他担当了中间人的角色，或者李某自己说的担保人的角色，他是由唐某通知而去的，他去的目的也是让陆某某还钱，至于说还钱的数额，如何计算，则是唐某和陆某某的事情，李某并没有具体参与，李某也没有其他个人利益，因此李某不具有构成敲诈勒索罪所必须具备的非法占有目的。

4. 被告人唐某在笔录中多次讲到，借给陆某某的钱是唐某向别人借的，由于钱未归还，从而产生新的利息。由于利息的累加，导致数额的增大。

审理判决

法院最终采纳辩护人的意见，判决被告人李某等人构成非法拘禁罪，处有期徒刑十个月。理由为：被告人唐某与被害人陆某某之间确实存在着高利贷债权债务关系，被告人唐某采用非法拘禁的手段向被害人陆某某索取的还款金额，并未超出双方之间约定的高利贷本息范围，依照最高法院的司法解释，行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照《刑法》第二百三十八条的规定定罪处罚，故本案中被告人唐某、李某等人为索取高利贷债务而非法拘禁被害人陆某某的行为，应定性为非法拘禁罪。因此，公诉机关指控被告人唐某、李某犯敲诈勒索罪的意见，法院不予支持。被告人唐某、李某等在案发后，主动向公安机关投案，并能如实供述自己的罪行，应认定为自首，可以从轻处罚。

经典评析

本案在审查起诉和审判过程中,控方和辩方对本案究竟构成敲诈勒索罪还是非法拘禁罪,存在截然不同的观点。控方始终坚持认为由于唐某、李某等人向陆某某索要的金额远远大于其出借的本金和利息,因此超出部分没有法律和事实上的理由,应认定为敲诈勒索。而辩方认为唐某提出的索要金额虽然没有与陆某某明确约定,但其自认为该数额是根据高利贷利滚利计算出来的,是有一定依据的,并不是唐某空穴来风,随意捏造,因此本案应认定为非法拘禁罪。经控辩双方激烈争论,最终法院采纳辩方观点,将本案定性为非法拘禁罪。

根据我国《刑法》规定:敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对被害人使用威胁或要挟的方法,强行索要公私财物的行为。它在主观方面应该表现为直接故意,必须具有非法强索他人财物的目的,如果行为人不具有这种目的,或者索取财物的目的是合法的,则不能构成此罪。而在客观要件上敲诈勒索罪表现为行为人采用威胁、要挟、恫吓等手段,迫使被害人交出财物的行为。

非法拘禁罪,是指以拘押、禁闭或者其他强制方法,非法剥夺他人人身自由的行为。它在主观方面表现为故意,并以剥夺他人人身自由为目的。在客观上表现为非法剥夺他人身体自由的行为。

由于敲诈勒索罪中以威胁或要挟的方式强索他人财物和非法拘禁罪中以拘押、禁闭等强制方法限制人身自由,两者都可能有以暴力等形式限制人身自由的行为,所以我们在实践中容易将二者混为一谈,但我们也可以从中找到不同点:敲诈勒索而限制人身自由的目的是非法占有他人的财物;而非法拘禁的目的显然不能是非法占有他人的财物。

结合本案来看,陆某某向唐某借钱,本金 82 万,一个月的利息是 18 万元,约定一个月后归还,故陆某某向唐某出具的借条为 100 万元。到期后陆某某久拖不还,避而不见。2008 年 3 月 12 日,唐某得知陆某某的行踪后,即命人将其带到酒店,并强迫陆某某签订协议归还 280 万元。280 万元的由来,是由唐某计算出来,不是由唐某无端捏造出来的。限制人身自由的行为我们不再讨论,280 万元是唐某想要非法占有的,还是他有所依据得出的?很显然,280 万元是唐某通过计算得来的,这与敲诈勒索罪中以非法占有为目的强索他人财物有很大区别。这是本案争论的第一个焦点,即是否存在法律不予保护的债务。最终可确定的事实是陆某某欠债不还,应归还

本金和一定的利息,唐某经其自己计算,得出陆某某应归还的数额,虽然是唐某单方面的,但不能说毫无根据,因此应认为本案存在法律不予保护的债务。

本案争论的第二个问题是对为索取法律不予保护的债务而非法拘禁他人的行为究竟如何定性。根据《刑法》第二百三十八条第三款规定:“为索取债务非法扣押、拘禁他人的”,以非法拘禁罪定罪处罚。这里的债务指的是合法的、受法律保护的债务,那么不受法律保护的债务怎么办呢?我们从法理的角度分析:“索取债务非法扣押、拘禁他人的”以非法拘禁罪定罪处罚。这条法条的目的是为了保护被债务人的人身自由不受侵犯,而不是保护民事关系下的债务关系。所以为了追讨合法债务适用这个法条,追讨非法的不受法律保护的债务也同样适用这个法条。换言之,《刑法》设立该条款的目的不在于保护债务,而在于保护人身自由。

再从司法上看,最高人民法院的司法解释《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》中规定行为人为索取高利贷、赌债等不受法律保护的债务,非法扣押、拘禁他人的,依照《刑法》第二百三十八条的规定定罪(即非法拘禁罪)处罚。在司法解释上明确规定了像本案一类的为追讨高利贷,而限制他人人身自由的行为应当按照非法拘禁罪定罪处罚。最高人民法院的这一司法解释再一次明确了对这一类行为的定性,从而为司法实践指明了方向。

非法经营期货案件的溯及力分析

——为涉案金额582亿元的非法经营黄金期货案件辩护

高振华*

案情简介

这是一起由公安部督办的在国内有较大影响的非法经营黄金期货案件。

2005年4月，张某作为股东注册成立了浙江某某黄金制品有限公司(以下简称黄金公司)，由张某担任法定代表人、执行董事、经理。张某为通过互联网进行黄金炒卖经营业务，指使黄金公司系统工程部经理王某负责设计开发适合网上黄金交易业务的操作平台。王某遂牵头开发了名为“金银制品销售与回购系统”的黄金网上交易平台。该平台自2005年7月至2008年6月案发前一直在使用。

黄金公司通过各种宣传方式，发展了大批来自全国各地的客户。在此项黄金交易业务中，客户向公司账户汇款后，便可在公司网站的交易系统中获得账号和等额定金，进行无实物交割的黄金合约集中交易。客户在交易时可按一定比例进行放大交易，最多可以放大至50倍。当客户在炒金过程中亏损额达到所缴定金的80%时，如果客户不补进定金，黄金公司即予以平仓。自2005年7月1日至2008年6月26日，黄金公司的网上交易平台上共存在客户1217个，产生交易176579笔，放大后交易金额总数为582.62亿元。

2006年12月11日，黄金公司的客户向公安机关报案，控告黄金公司非法从事黄金期货交易，涉嫌非法经营犯罪。2007年2月13日，中国证券监督管理委员会某省监管局致函公安机关，认为现行法律法规对变相期货交易没有明确规定，故无法认定黄金公司的行为是否构成变相期货交易。

* 高振华，男，毕业于浙江大学法律系，浙江六和律师事务所专职律师。

据此，公安机关于 2007 年 2 月 9 日作出《不予立案通知书》，认为经过审查黄金公司的经营行为不构成犯罪，决定不予立案。

2007 年 4 月 15 日，国务院颁布的《期货交易管理条例》正式施行。2007 年 8 月 30 日，中国证券监督管理委员会某省监管局出具函件，认为黄金公司的黄金电子化交易行为符合期货交易的特征，系变相期货交易。2008 年 1 月 18 日，中国证券监督管理委员会办公厅出具函件，认定黄金公司的经营行为系非法变相期货交易行为。

争议焦点

公诉机关指控黄金公司自 2005 年 7 月至 2008 年 6 月案发期间未经国家有关部门批准，非法经营黄金期货业务，构成非法经营罪。同时，张某作为直接负责的主管人员，王某作为其他直接负责人员，应当追究刑事责任。

王某的辩护律师则认为，1999 年 9 月 1 日起施行的《期货交易管理暂行条例》中并没有禁止变相期货交易的规定。2007 年 4 月 15 日起施行的《期货交易管理条例》才在第 4 条中规定了"禁止变相期货交易"并在第 89 条第 2 款明确规定了新条例施行前采用变相期货交易机制或者具备变相期货交易机制特征之一的机构或者市场，应当在商务部规定的期限内进行整改。而商务部规定整改期限为 2007 年 9 月 30 日。根据不溯及既往的规定，黄金公司在 2007 年 10 月 1 日之前的经营行为不违反当时的国家规定，不应当认定为非法经营犯罪。同时，王某在 2007 年 10 月 1 日之后的涉案行为都是在黄金公司负责人张某的指使下以完成本职工作的形式实施的，而且这些职务行为不对整个单位犯罪的实现起到决定作用，所以王某不属于单位犯罪中的其他直接责任人员。

审理判决

法院经审理认为，《期货交易管理条例》与之前的《期货交易管理暂行条例》相比对非法期货的概念没有做出改变。非法期货的概念范围涵盖变相期货的概念，《期货交易管理条例》只是进一步明确了变相期货的特征，所以黄金公司自 2005 年 7 月至 2008 年 6 月案发期间未经国家有关部门批准，非法经营黄金期货业务，构成非法经营罪，判处罚金 7100 万元。

同时，法院认为王某在共同犯罪中起次要作用，系从犯，依法应当减轻处罚，判决王某犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金 10 万元。

经典评析

《刑法》第225条规定了违反国家规定，从事非法经营，扰乱市场秩序且情节严重的行为构成非法经营犯罪。在刑法理论中，该法条对非法经营犯罪的基本构成特征描述属于空白罪状。所谓空白罪状，是指条文不直接地具体规定某一犯罪构成的特征，但指明确定该罪构成特征需要参照的其他法律法规的规定。采用空白罪状，是因为有关法律法规的规定往往内容较多，而刑法条文上又难以对其特征作出具体表述。应用空白罪状，能够简化条文。但应当注意的是，对空白罪状必须与其他相关法律法规相结合，才能够正确认定该种犯罪的特征。

《刑法》第96条规定："违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。"具体到本案指控的非法经营黄金期货行为，国家关于期货交易的法律法规的制定有一个历史变迁的过程。

1999年9月1日起施行的《期货交易管理暂行条例》中并没有禁止变相期货交易的规定，所以中国证券监督管理委员会某省监管局在2007年2月13日作出的《关于某某黄金制品有限公司是否涉嫌变相黄金期货交易的函》中认为"现行的法律法规对变相期货交易没有明确规定，故无法认定其行为是否构成变相黄金期货交易"。

2007年4月15日起施行的《期货交易管理条例》虽然在第4条中规定了"禁止变相期货交易"，并在第89条第1款规定了变相期货交易的特征，但是在第89条第2款明确规定了"本条例施行前采用前款规定的交易机制或者具备前款规定的交易机制特征之一的机构或者市场，应当在国务院商务主管部门规定的期限内进行整改。"商务部根据国务院的授权在《商务部关于大宗商品交易市场限期整改有关问题的通知》(商建发〔2007〕138号文)第一条中规定了整改期限为2007年9月30日，并在第三条第(四)项规定了"自2007年10月1日起，所有大宗商品交易市场不得采用《条例》第八十九条规定的交易机制。"

《期货交易管理条例》第4条规定的"禁止变相期货交易"是在《期货交易管理暂行条例》施行后根据社会经济的发展新制定的禁止性法律规范，而不是对暂行条例原有规范的解释和说明。对照新旧条例的第4条规定，我们可以发现新条例规定的"禁止变相期货交易"是在保留了旧条例原有规定的基础上新增加的条款。而且新条例规定了变相期货交易的限期整改制

度。试想如果变相期货交易的规定是对暂行条例原有规范的解释和说明，则应当具有法律上的溯及力，新条例又怎么会规定整改期呢？商务部又怎么会规定自2007年10月1日起不得采用变相期货交易机制呢？某省证监局在2007年2月13日作出的回函也印证了这一观点。

因此，根据《立法法》第84条“行政法规不溯及既往”的规定，黄金公司在2007年10月1日之前的经营行为并不违反当时的国家规定，不应当构成非法经营犯罪。

笔者认为，本案涉及的一个重要法理争点就是空白罪状的溯及力问题。空白罪状的溯及力包括空白罪状条文本身的溯及力、空白罪状所指示的参照法律法规的溯及力，以及关于空白罪状的司法解释的溯及力三个方面。刑法的溯及力是刑法学上一个十分重要的问题，理论上也已比较完善和成熟，但对空白罪状的溯及力问题，无论在理论上还是实践中都缺乏比较深入的研究。笔者认为，探讨空白罪状的溯及力问题，首先应确立以下两个前提：一是应当承认空白罪状的参照法律法规也存在刑法上的溯及力问题，不能因参照法律法规不是刑事法律规范而否认其刑事溯及力，从而将空白罪状的溯及力限定在空白罪状的条文和司法解释上。二是坚持从旧兼从轻原则。从旧兼从轻原则是刑法总则规定的我国刑法的溯及力原则，对刑法分则具有总的指导作用，空白罪状的溯及力也应遵循这一原则。在上述两个前提下，空白罪状的溯及力问题可按以下方法解决：

1. 如果对空白罪状做出填补性规定的参照法律法规是在1997年刑法典生效之后制定的，对于刑法典生效之后、参照法律法规生效前的行为，根据从旧兼从轻原则，应不予追究刑事责任。

2. 对于参照法律法规发生修改变化的，应当适用行为发生时的法律法规。只有当新的法律法规规定了空白罪状所规定的犯罪不成立或罪行较轻时才能适用新的法律法规。

3. 司法解释如果对于空白罪状做了填补性规定时，也应遵循从旧兼从轻原则，明确规定本解释只对解释生效后的行为适用。但当刑法授权的其他规范性文件做出了与司法解释相反的规定时，因司法解释对空白罪状的填补性规定并不是立法机关的授权，原司法解释的相关规定就不应再适用。

故意杀人罪还是正当防卫?

——戴甲故意伤害案评析

吕 俊*

案情简介

2005年6月,被告人戴甲因村建房引起的滴水问题与戴乙发生争执。戴乙随即拿刀连续戳戴甲之子腰部两刀,致其倒在地上。戴甲见状,从其老屋中拿来一把尖刀与戴乙对打。在打斗过程中,戴甲夺下戴乙手中的尖刀朝戴乙猛刺数刀。戴乙被送医院后经抢救无效死亡。

案发后,被告人戴甲主动到公安机关投案自首。

争议焦点

本案被告人戴甲犯故意杀人罪还是出于正当防卫的伤人行为?

审理判决

一审法院认定戴甲犯故意杀人罪,判处其无期徒刑,剥夺政治权利终身。

戴甲对此不服,提起上诉。浙江思源昆仑律师事务所指派我与苑亮律师担任戴甲的二审辩护人。

我和苑亮律师认为:

首先,本案被害人行凶在前,刺伤了戴甲的儿子。

其次,被害人在刺伤戴甲的儿子后,并没有停止行凶,而是手拿尖刀追杀戴甲。戴甲始终受到严重的人身威胁。

最后,戴甲刺死被害人属于误杀。当时两人处于激烈的搏斗中。戴甲为保护自己不得不全力拼夺被害人手中的尖刀,否则就有性命之虞。后戴

* 吕俊,女,毕业于浙江师范大学,专长刑事领域,浙江思源昆仑律师事务所专职律师、副主任。

甲虽夺下尖刀，但被害人并没有善罢甘休。戴甲不得不持刀反抗被害人。刺伤被害人致死就是在这个过程中发生的。

因此，戴甲的行为系正当防卫，应属无罪。

据此，我与苑亮律师为戴甲做了无罪辩护。

最终二审法院认为："被告人戴甲在与他人互殴中故意伤害他人致死，其行为已构成故意伤害罪，应依法惩处。"改判戴甲犯故意伤害罪，判处十年有期徒刑。

经典评析

我们认为戴甲的行为属正当防卫。理由如下：

一、从事实上看，戴甲的行为系正当防卫

首先，本案戴甲不是与被害人打架斗殴，而是与不法侵害人进行搏斗。

戴乙（死者）先动刀行凶，这是一审法院认定的毫无争议的事实，即使附带民事诉讼的代理人对此也不讳言。在这种情况下，要认定戴甲犯了故意杀人罪，必须综合全案的事实并结合《刑法》第二十条进行判断，而不能仅以造成戴乙死亡的结果定罪。

其次，本案被害人死于"被人用单刃刺器刺破左肺上叶、肝脏伴全身多处砍刺伤致失血性休克死亡"，不是戴甲直接刺中要害部位而当即死亡，说明戴甲根本不具有杀人的故意。

再次，也是最重要的，被害人的伤基本上是在与戴甲的搏斗中形成的，只有腿上的两处刺创是在被害人倒地后形成。这有戴甲的证人证言证明。这进一步证明戴甲之所以会对戴乙造成伤害是出于防卫的目的。

二、从法律上看，本案戴甲的行为系正当防卫

我国《刑法》第二十条第一款明确规定："为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。"而同条第三款规定："对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。"

公诉意见认为"被告人在夺下被害人的尖刀、被害人已经丧失侵害能力后连续朝被害人戴乙刺数刀（从尸体检验结果来分析，刀伤有七处之多），且

在被害人求饶的情况下,被告人仍朝被害人大腿刺一刀”,因此认定戴甲是故意杀人罪。此观点值得商榷。

我们认为本案有大量事实证明:

(一)被害人在刺倒戴甲儿子后并没有彻底中止犯罪,相反仍然继续追杀戴甲行凶!

1.被害人的主要侵害对象并不是戴甲儿子,从事发的前后经过看,戴甲儿子完全没有与被害人发生任何的正面冲突,甚至两个人没有话语交流。如果认为被害人仅仅是针对戴甲儿子实施侵害犯罪,则根本无法解释戴乙持刀行凶的动机。根据全案的材料,可以清楚地看出被害人的侵害对象主要还是戴甲,戴甲儿子只是其顺带进行的伤害行为。

2.不法侵害人戴乙在刺倒戴甲儿子后,凶器仍然拿在手里!这就是被害人没有中止犯罪的铁证,难道还有人认为被害人准备拿着这把刀回家削苹果吗?!显然,戴乙并没有彻底终止犯罪。

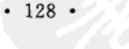
3.在刺倒戴甲儿子后,戴乙并没有就此罢手的意思,相反,证人戴某证实说“我们(戴某及其他旁观的人)都上去拉戴乙,都拉不住”。拉不拉不住!显然这时的戴乙不是要去公安局投案自首,否则围观的人为什么要去拉他拦他?他就是要找戴乙继续实施侵害行为。2005 年 7 月 4 日戴国范再次作证说:“阿龙的儿子就坐在地上,我们在场的几个就劝乙算了,乙像是在找阿龙。”陈某明确作证道:“戴甲的儿子一下被刺倒在地上,戴乙又拿着刀去追甲。”

从这里我们可以看出所谓被害人戴乙已经中止犯罪的说法毫无事实根据。

4.我们在上面着重陈述了戴乙在刺倒戴甲儿子后,继续行凶的证据。而实际的案发过程中,这一时间非常短的,戴乙的行凶行为是一个连贯的没有任何中断,也不可能认为分割的实施犯罪的过程,并没有所谓的“暂时敌我矛盾相对缓和”的中间阶段。

从戴甲第一次的供述过程也可以清楚地看出被害人实施犯罪的全过程根本不存在任何停顿:“我看到乙在我儿子后腰部戳了一刀,等乙戳第二刀时,我急忙跑进自家中间一间后门(当时已出租给我侄子戴丙),在门边厨房里拿了一把菜刀,再跑出去,乙见我拿了刀跑过来了,他也跑了过来,在阿太小屋与楼屋交界处,我与乙对打了。”

不法侵害人已经出了两刀,戴甲转身寻找相应的武器与之搏斗,才能保护自己,保护戴甲儿子的生命安全(为了戴乙没有机会刺第三刀,庭审笔录



第10页:“戴乙就往我儿子背上刺了两刀,第三刀他是没有机会戳的。”)从厨房里出来后,戴乙立即追过来。这期间戴乙的犯罪行为可曾有一秒钟的停顿。

因此,关于戴乙已经中止犯罪,不再侵害戴甲儿子的说法也仅仅是根据事后的结果做出的并无任何证据的推测和判断。事实上,被害人戴乙当时手里拿着尖刀,既没有丧失侵害能力,也没有任何放弃侵害行为的意思表示。我们认为所谓刺到戴甲儿子后戴乙就中止了犯罪的说法,毫无证据支持。

(二)在你死我活的厮打搏斗中,侵害人戴乙的刀被抢过来后,戴甲的人身危险并没有消失,因为戴乙不仅有能力继续实施侵害,而且也没有终止犯罪

其一,没有了凶器不等于丧失了侵害能力。

1. 既然戴甲在搏斗过程中可以把尖刀抢过来,那么被害人当然也有可能把尖刀再抢回去。戴甲的当庭供述即说明了这一点:“我咬他的时候刀柄还在他手里,我咬了之后他手松掉了,然后我就把刀柄拿过来,但是我们四只手都在刀子上面。”

证人明确证明戴乙并没有任何终止犯罪的意思。

戴某的证言明确证实戴乙客观上从没有停止侵害:“他(戴乙)也去捡刀的,但他捡不到,他捡到的话也再会用刀刺的。”

2. 即使根据常理推断,因一点小事就持刀追杀他人的戴乙,在与戴甲争夺尖刀的过程中,不可能有如此冷静甚至大胆的判断,刀一失手就完全彻底放弃任何抵抗。

我们认为戴甲的这一证言在一定程度上反映了当时你死我活的局面下,戴乙从没有放弃侵害行为,这完全与常识性的判断相吻合。如果说刀一脱手,戴乙立即倒地求饶,那才是完全不合逻辑不合常理的伪证。

其二,从夺下尖刀到反刺侵害人戴乙的时间间隔仅有几秒,在被害人没有任何明确放弃抵抗的情况下,根本不可能存在任何证据说被害人完全丧失了侵害能力,实际上那几秒钟被害人也不会放弃抵抗。即使公诉人也承认“本案事情发生的事件比较短,细节方面确实有不一致的地方”(庭审笔录第7页)。

我们认为,在事后对戴甲的行为进行评判时,不应忽视当时戴甲的处境,也不应完全以事后诸葛亮口吻轻松地说,如果戴甲那一秒钟怎样怎样,如何如何,事情就会如何如何。我们应当看到,在那么短的时间里发生了这

样多的事情，对戴甲而言完全是命悬一线，完全是死里逃生。我们应当问，如果戴甲开始时跑得慢一点，如果看到戴甲儿子被刺两刀时戴甲还不去拿菜刀，如果戴乙刺中腹部的时候稍一犹豫，没有拼命用一双肉手紧抓利刃等等，这每一个“如果”都可能是戴甲自己非死即重伤的结局。

其三，戴甲为了夺刀，双手已经被严重划伤，如果不立即作出反应，被害人再次抢刀行凶是相对轻松的。即使对戴乙腿上的两刀，戴甲还是处于惊魂未定的情况下为防止万一而刺的：“后来我们都倒在地上了，我怕戴乙再来刺我，我就拿起刀子在他腿上刺了两刀”。

其四，还必须指出，被害人在被夺下尖刀后，就完全丧失了侵害能力是戴甲接下来的行为构成犯罪的前提条件，而这一条件必须由公诉机关通过确实充分的证据证明。

因此，我们认为夺刀后侵害人就完全丧失了侵害能力的说法只是一种荒唐的想法，绝不能以之作为认定戴甲有罪的依据。

因此，本案无论从《刑法》第二十条第二款还是从第三款出发，均应认定戴甲正当防卫。

综上，可以看出，一审法院在有充分证据证实被害人从没有中止非法侵害，也从没有完全丧失侵害能力的情况下，认定处于你死我活的搏斗状态下致死侵害人的戴甲构成故意杀人罪，显然在事实根本没有查清的情况下，违背了法律的明文规定而作出的判决。

量刑情节在辩护中的灵活应用

——樊某某贩卖、制造毒品案死刑改判案评析

黄丽泉*

案情简介

樊某某因涉嫌贩卖、制造毒品罪，于2007年3月13日被浙江省某某市某某区公安分局刑事拘留，同年4月16日经某某区人民检察院批准逮捕。2007年10月25日，某某市人民检察院依法向某某市中级人民法院提起公诉。

一审被告人七名：王某某、樊某某、方某某、李某某、寿某某、舒某某、王某某；

二审上诉人六名：王某某、樊某某、方某某、李某某、寿某某、王某某。

公诉机关指控，2006年11—12月间，被告人王某某（第一被告人）两次帮助樊某某贩卖"K"粉（氯胺酮）260余克。2006年12月至2007年3月期间，被告人王某某、樊某某、方某某、舒某某多次制造毒品，共制造出"K"粉约15320克。2006年9月至12月，被告人李某某、樊某某、寿某某伙同他人多次制造毒品，共制造出"K"粉约2800克。其中被告人王某某参与制造5次，制造"K"粉约15320克；被告人樊某某参与制造8次，贩卖、制造"K"粉约9480克；被告人方某某参与制造3次，贩卖、制造"K"粉约11620克；被告人舒某某参与制造2次，贩卖、制造"K"粉约3700克；被告人李某某参与制造5次，贩卖、制造"K"粉约2800克；被告人寿某某参与制造3次，制造"K"粉约2320克；2007年2—3月间，被告人王某某（第七被告人）帮助王某某贩卖"K"粉323克（其中280克未卖出）；2007年4月20日，被告人寿某某被抓获时，在其住处查获"K"粉234克。为证明上述指控，公诉机关当庭出示了证人证言、现场勘查记录及照片、鉴定结论、书证、物证、被告人的

* 黄丽泉，女，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

供述与辩解等证据,并认为被告人王某某、樊某某、方某某、李某某、寿某某、舒某某的行为应以贩卖毒品罪追究刑事责任。被告人王某某的行为应以贩卖毒品罪追究刑事责任。被告人寿某某的行为还应以非法持有毒品罪追究刑事责任,同时应予数罪并罚。被告人王某某、樊某某、方某某、李某某在共同犯罪中起主要作用,是主犯;被告人舒某某、王某某、寿某某起次要作用,是从犯。被告人方某某归案后有检举他人犯罪,经查证属实,有立功表现。

一审判决,以贩卖、制造,非法持有毒品罪对上述各被告人分别判刑;其中被告人樊某某以贩卖、制造毒品罪被判处死刑。樊某某不服,向省高院提起上诉。

争议焦点

经仔细分析全案,原审判决认定被告人樊某某的行为构成贩卖、制造毒品罪的定性是准确的,那么上诉的理由只能是量刑是否准确这一思路。这样二审的争议焦点就基本归结如下:

1. 樊某某的行为是否属罪行极其严重,必须对樊某某适用死刑立即执行。

审理判决

某某省高级人民法院公开开庭审理了此案,并作出了如下的终审判决:

1. 驳回被告人王某某、方某某、李某某、寿某某、王某某的上诉;

2. 撤销某某市中级人民法院刑事判决中对被告人樊某某的量刑部分,维持判决的其余部分;

3. 被告人樊某某犯贩卖、制造毒品罪,判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

经典评析

被告人樊某某在省高院由死刑改判死缓,关键在于被告人在本案中存在着影响量刑的具体情节,省高院也采纳了辩护人提出的从轻改判的理由。在二审中,辩护人提出了如下几点辩护意见:

1. 原审判决在仅有被告人王某某一人供述的情况下,对上诉人樊某某判处死刑与法不符,量刑过重;

2. 原审判决对樊某某涉案毒品数量的认定系被告人樊某某坦白交待相加所得,故应予以从轻处罚;

3. 原审判决对被告人樊某某判处死刑时,并未对毒品进行含量鉴定,

判决与最高法院的意见不符；

4. 被告人有自首的情节；

5. 被告人制造毒品犯罪行为中，起的是“制毒工人”的受雇佣地位，与主谋者、出资者的主犯而言，情节上还是有区别的；

6. 我国的刑事政策、国际刑罚上对死刑的慎用。

有时一个案件的法定或酌定的量刑情节是很明显的，这种情形容易辩护。但是在本案中，法定或酌定的影响量刑情节并不明显，辩护人在充分查阅案卷材料的情况下，结合最高法院的司法意见，省高院的司法实践及通常观点，提出了对樊某某适用死刑与法不符的辩护意见。可以说，最高法院的司法解释、省高院的司法实践、主流观点是本案改判的关键点。

一、在仅有被告人供述作为定案证据的情况下，对其判处死刑立即执行要特别慎重

当今，死刑在越来越多的国家刑法中不被采纳。从一个角度而言，是对生命的充分尊重，我国虽然保留了死刑的适用，但趋势也是尽可能地减少适用死刑，除非罪大恶极，情节极其恶劣，一般不适用死刑。

在本案中，樊某某与王某某共同制毒部分中，樊某某制毒的数量主要是根据被告人王某某一人的供述来认定的，并没有其他相关的辅证，如购买毒品者，也没有其他同案犯相应证（樊某某其他部分的涉案毒品数量也是传来证据）。在该种情况下，根据最高人民法院《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）（五）关于毒品犯罪案件中有关证据的认定问题：“……在处理这类案件时，仅凭被告人口供依法不能定案。……对仅有口供作为定案依据的，对其判处死刑立即执行要特别慎重。”对于该规定，省高院的审判实践以及省高院的主流观点也是相符的，省高院的法官也曾专门发表过类似的观点。口供定案本身就有一定的主观原因存在，所以判处死刑应特别慎重的客观必要性不言而喻。综观本案，被告人樊某某贩卖、制造毒品的事实清楚，但证实被告人樊某某贩卖、制造毒品所涉的证据却均为各被告人口供，原审判决与上述的司法解释、司法实践、主流观点均不符。基于对上述的分析，辩护人认为上述情节是建议二审改判的一个重要依据。

二、根据被告人的交待,致使涉案毒品数量达到特别巨大,一般应予以从轻处罚

原审判决的毒品数量认定系为被告人樊某某坦白交待相加所得。本案中,有关樊某某的涉案毒品,侦查机关并没有查获任何的现实毒品,全是樊某某及其他被告人的口供交待所得。根据最高法院《纪要》(四)对于被告人被公诉机关查获的毒品数量不够判处刑的标准,但是加上坦白交待的毒品数量,超过了判处死刑的数量的,一般应予从轻处罚,可不判处死刑立即执行。原审判决对樊某某的判决并没有体现此纪要精神,因此也是与法不符的。

三、毒品犯罪判处死刑,应进行毒品成分鉴定和毒品含量鉴定

原审判决中,只有毒品成分鉴定,而没有毒品含量鉴定。根据最高人民法院 2007 年 11 月 8 日《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》(四)关于死刑案件的毒品含量鉴定问题中规定"可能判处死刑的毒品犯罪案件,毒品鉴定中应有含量鉴定的结论",显然,这是强制性规定,是必需程序。最高人民法院刑事审判庭第五庭庭长高贵君在接受记者采访时也明确表示"死刑毒品案件今后必须一律进行毒品含量鉴定"。显然原审判决在未对毒品进行含量鉴定的情况下即对樊某某判处死刑,与法不符。本案的一个特别情节是,与樊某某相关的毒品并没有实际的毒品存在,因此毒品的含量鉴定根本无法进行,既然无法进行毒品含量鉴定,则对樊某某判处死刑显然与最高法院的精神不符。

四、同比各被告人的作用,辩护人提出樊某某系一"制毒工人",处于受雇佣地位

相较于出资者、指使者、受益者而言,被告人樊某某作用还是要轻一些的。此提法并不能排除制毒的重要性,但是还是有一个横向的可比性。

综上所述,笔者试通过对本案的阐述,想表明一个观点,即律师在担任辩护人时除了熟悉案情及相关法律规定外,还要对最高法院的司法解释,法院系统的司法实践及内部主流观点进行了解并掌握,对案件的辩护都会有极大的帮助。

建筑与房地产篇





签约义务与责任之承担

——陈某与A公司商品房认购协议纠纷案评析

舒　军*

案情简介

2008年3月20日，陈某与A公司签订一份《商品房认购协议》。在这份协议中双方约定，陈某认购由A公司开发的、位于杭州经济技术开发区的某街区8幢3单元409室，该房屋建筑面积为138.46平方米，房屋总价款为1502291元；申请人在签订协议时支付定金人民币10万元，作为双方签订正式的《商品房买卖合同》的担保，并在签订《商品房买卖合同》后，该定金转为陈某支付的房款；双方在2008年4月28日前，在A公司的售楼处签订《商品房买卖合同》，陈某应同时足额支付给A公司不低于总房款60%的首付款，否则，申请人不享有价格优惠；在认购协议有效期内，A公司拒绝与陈某签订《商品房买卖合同》，或又将该房屋出售给第三人的，应双倍返还陈某支付的定金；陈某若逾期未与A公司签订《商品房买卖合同》，或因陈某原因导致认购协议无法履行的，均视为陈某实质性违约，本《商品房认购协议》自动终止，A公司有权另行出售该房屋，陈某所交定金不予返还；因履行本协议产生争议，协商不成，提交某仲裁委员会仲裁等等。

2008年4月28日，陈某按照认购协议的约定前往A公司售楼处，并将首付款802291元支付给了A公司，但A公司未依照协议约定与陈某签订《商品房买卖合同》。据此，陈某于2009年2月向某仲裁委员会申请仲裁，请求：1. 裁决被申请人A公司返还申请人陈某定金人民币20万元及首付款人民币802291元，并按银行同期贷款利率自2008年4月28日起支付首付款利息至实际返还之日；2. 终止申请人与被申请人于2008年3月20日签订的《商品房认购协议》；3. 裁决本案的仲裁费用由被申请人承担。

* 舒军，男，主要业务领域为公司、房地产法律事务，浙江浙联律师事务所专职律师。

作为被申请人的A公司在仲裁庭开庭时辩称:《商品房认购协议》的签订系双方真实的意思表示。协议签订后,申请人交纳了购房定金人民币10万元,并于2008年4月28日到A公司的售楼处签订《商品房买卖合同》。但由于当天计算机系统故障,未能办理合同的签订。之后,被申请人多次催促并发函要求申请人前往销售中心签订买卖合同,并表示愿意减免申请人人民币5000元表示慰问,均被申请人拒绝。《商品房认购协议》第四条第4款规定,被申请人拒绝与申请人签订《商品房买卖合同》,或者将该房屋出售给第三人的,应双倍返还申请人支付的定金。被申请人从未拒绝与申请人签订合同,且已经主动采取了一系列措施积极促进合同的订立,因此,申请人的仲裁请求缺乏法律依据。据此,请求仲裁庭驳回申请人的全部仲裁请求。

争议焦点

本案争议的焦点是双方当事人未能签订正式的《商品房买卖合同》的原因是什么?如是不可归责于申请人和被申请人的原因,申请人是否可以终止《商品房认购协议》,或者说被申请人是否可以强制申请人与其签订《商品房买卖合同》?

审理裁决

本案在仲裁庭审理过程中,申请人与被申请人各执一词,互不相让。申请人坚持认为,双方未能按时签订《商品房买卖合同》是被申请人违约造成的,应按照认购协议的约定承担责任。被申请人则坚持认为,未能签订合同的原因是当天计算机系统出现故障,属不可抗力,且按某房地产管理部门的规定,商品房买卖必须通过网上签订方可办理过户手续。之后曾多次催促并发函要求申请人前往销售中心签订《商品房买卖合同》,包括现在在内,被申请人从未拒绝与申请人签订合同,仍然愿意与申请人签订合同。

《商品房认购协议》规定双方签订《商品房买卖合同》的时间是2008年4月28日前,因此,申请人为支持自己的主张,向仲裁庭提交了一份落款时间为2008年4月28日、收款人为被申请人、金额为802291元、款项用途为购房首付款的《收据》,以证明自己在规定的时间内前往约定的地点与被申请人签订《商品房买卖合同》的事实。对这一证明事实,被申请人并未否认,在其庭审前向仲裁庭提交的书面答辩状即予以认可。问题的关键是申请人认为,被申请人收下申请人交付的802291元首付款后,竟不与申请人签订《商品房买卖合同》,且未解释是何原因。而被申请人则认为当时已经向申

请人作了解释，是因为计算机系统出现故障，导致无法及时地签订合同。为此，被申请人向仲裁庭提交了一组致申请人的函及寄送凭证，以证明其已主动采取一系列措施联系申请人，积极促进《商品房买卖合同》的订立，并表示愿意减免申请人人民币5000元的系统运营费以表慰问的事实。对被申请人提交的这组证据，申请人不予认可，表示从未收到过被申请人的这份函，且寄送凭证上无任何邮寄部门的印戳，对真实性表示异议。因2008年4月28日是《商品房认购协议》规定的双方签订《商品房买卖合同》的最后一天，双方在这一天是否履行了签订《商品房买卖合同》的行为义务，直接关系到违约责任的承担问题。

针对这一问题，申请人的代理人在向被申请人发问时，要求被申请人说清楚当时计算机系统出现故障是被申请人的计算机本身系统故障，还是售房网的系统出现故障。因为如是被申请人的计算机本身系统故障，那么显然被申请人对维护计算机的正常运行存在过失，不能签订合同的责任应由被申请人承担。如是售房网的系统出现故障，那么这一故障不是被申请人所能预料到的，也不是被申请人所能解决的，应当属于不可抗力，被申请人不应对未能签订合同而担责。对此问题，被申请人的代理人表示不清楚。当申请人的代理人要求被申请人回答，即使如被申请人所说的是计算机系统出现故障，从而导致未能签订合同，并当场向申请人作出了说明，那么有无与申请人作书面确认另行约定签订合同的时间问题时，被申请人回答表示当时未作任何的书面确认。由此，申请人的代理人认为，2008年4月28日是双方约定的签订《商品房买卖合同》的最后一天，在被申请人认可申请人在这一天按照《商品房认购协议》的约定前往约定的地点与其签订合同，并支付约定的首付款802291元的情况下，表示申请人已经全面、适当地履行了《商品房认购协议》所约定的义务。而被申请人虽辩称当时未能签订合同是计算机系统出现故障，但却无法说明到底是何故障，且又未能与申请人书面确认另行约定签订合同的时间，因此，被申请人应承担不能举证证明自己所主张事实的责任，即被申请人应承担未能与申请人签订《商品房买卖合同》的违约责任。

本案双方在庭审时虽然各执一词、互不相让，但在仲裁庭三位仲裁员有理、有节的调解下，双方最终达成调解协议，被申请人将申请人支付的10万元定金及首付款802291元全部退还给申请人，申请人则放弃要求被申请人支付利息的仲裁请求，仲裁费用各承担一半。以调解方式结案，通常是双方各有所让，是法庭和仲裁庭解决纠纷常用的一种方式，双方可以说无胜负之

分,更可以维护社会的和谐。但就本案来说,仍然有具体的法律问题值得商榷。

经典评析

一、如双方最终无法达成调解协议,仲裁庭仍不可避免要对未能签订《商品房买卖合同》的原因作出认定,并对违约方应承担的责任作出裁决。由于2008年4月28日是申请人与被申请人约定签订《商品房买卖合同》的最后一天,在申请人有证据证明其已经在约定的时间前往约定的地点与被申请人签约的情况下,说明申请人已经全面、适当地履行了自己的义务,不存在任何违约行为。此时,举证责任完全倒向被申请人,即被申请人必须举证证明其也全面、适当地履行了自己的义务。就本案来说,如严格根据法律规定的举证责任,被申请人所主张未能签订合同的理由是当时计算机系统故障,但又无法清楚地回答申请人提出是被申请人的计算机本身系统故障还是售房网系统故障的问题,显然被申请人的举证责任尚未完成,在法律责任的承担上是对其不利的。作为被申请人的代理人来说,对申请人提出的这一问题也只能作此模糊的回答。因为无论是回答计算机本身系统故障还是杭州市售房网系统故障,都会导致其陷入将承担未能与申请人签约责任的泥潭。如是计算机本身系统故障,则显然不属于不可抗力,是由于被申请人对计算机的疏于维护所造成的。如是售房网系统故障,则应当属于不可抗力。根据《合同法》第一百一十七条第一款之规定:“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。”被申请人可以要求免责,但应向仲裁庭提交有关部门出具的该网络系统故障的证明。要想取得这一证明,虽有可能性,但无疑是困难的,毕竟事情的发生已一年有余,时过境迁了。

虽如此,但在双方无法达成调解协议的情况下,仲裁庭又不可能对这一事实不作出认定,否则将无法确定责任的承担。对此,仲裁庭存在两种观点。一种观点认为仲裁庭应当根据“谁主张、谁举证”这一基本的民事举证责任原则,来确定责任的承担。本案申请人已经按照《商品房认购协议》规定的时间前往约定的地点与被申请人签约,且被申请人在答辩时也对此予以认可,那么被申请人也应当对其是否履行了签约义务承担举证责任。被申请人辩称未能签约的原因是计算机系统故障,但又无证据证明到底是何故障,其未完成相应的举证责任,应承担举证不能的后果。即双方未能签订

《商品房买卖合同》是被申请人违约造成的，应由被申请人承担违约责任。另一种观点认为，从本案的事情发展过程来看，申请人在《商品房认购协议》规定的最后一天前往约定的地点将首付款支付给了被申请人，说明申请人是有意与被申请人签订《商品房买卖合同》的。但从被申请人角度分析，其接受申请人支付的首付款并出具《收据》的行为，也表明被申请人是有意与申请人签订《商品房买卖合同》的，否则其根本没有收受申请人首付款的必要。而且，如被申请人不想与申请人签约，在不接受申请人首付款的情况下，也不会向申请人出具《收据》，那么在被申请人不认可的情况下（被申请人完全可以这么做），申请人也就没有有力的证据可以证明其已经全面、适当地履行了《商品房认购协议》所规定的签约义务。根据民事审判的高度盖然性标准，可以推定双方未能签约是由于计算机系统出现故障所造成的，且这一故障是被申请人当时所不能克服的。因此，根据民法所确定的公平、合理的原则，不应由被申请人来承担双方未能签订《商品房买卖合同》的违约责任。

笔者赞同后一种观点。无论是民事诉讼审判还是仲裁，法官或者仲裁员不但要根据法律的规定审核当事人所提交的证据，还应当遵循职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对各项证据的证明力进行综合审查判断。本案从表面上看，证据的证明力是对申请人有利的，但从一个通常人的行为角度分析，被申请人接受申请人支付的首付款，已经说明其欲与申请人签订《商品房买卖合同》，只因一时无法克服的计算机系统故障的原因，导致合同未能签订，且有理由相信当时被申请人已经将这一原因告知了申请人，申请人也应当是知晓的，这符合《民法通则》所确定的诚信原则。

二、如仲裁庭最终查明不能签订《商品房买卖合同》是不可归责于双方的原因（即不可抗力）造成的，那么作为购买人的仲裁申请人陈某，是否有权终止双方签订的《商品房认购协议》。本案的特殊性是陈某前往约定地点签订合同的时间（即 2008 年 4 月 28 日）是《商品房认购协议》规定的最后一天，而恰巧在这一天用于网上签订合同的计算机系统出现了故障，导致双方未能完成《商品房买卖合同》的签订。根据双方之前签订《商品房认购协议》的规定，双方应当在 2008 年 4 月 28 日前在被申请人售楼处签订《商品房买卖合同》，并无约定如出现特殊情况，签约时间顺延。也就是说，无论是申请人还是被申请人，只要在 2008 年 4 月 28 日前全面、适当地履行了签约义务，无论签约结果如何，都不存在违约的问题。虽然在 2008 年 4 月 28 日后，甚至在仲裁庭开庭时，被申请人仍然要求申请人与其签约，但作为购买

人的申请人来说,已经没有应当与出售方被申请人签约的义务了。在这种情况下,根据《合同法》第九十四条第一项之规定,应当允许申请人解除合同。另根据《合同法》第九十七条之规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”因此,被申请人应当返还申请人已支付的定金和首付款,但无须支付利息,因为是不可抗力造成的,被申请人没有过错。

三、如双方不能就《商品房买卖合同》中的所有内容达成一致意见,被申请人是否有权强制要求申请人与其签订《商品房买卖合同》。在庭审时,申请人的代理人曾询问被申请人,如当时确实存在计算机系统故障,无法进行网上签约,那么被申请人作为一家专业性的房地产开发公司,完全可以根据当地房地产管理部门的《商品房买卖合同》范本,另行起草一份《商品房买卖合同》,与申请人进行签订,这与网上签订是具有同样法律效力的。或者与申请人达成一份简要的《谅解备忘录》,说明当天不能签订合同的原因,并约定另行签订合同的时间。虽然被申请人当时即使做了这些准备,申请人也不一定会配合,但被申请人作为一家专业的房地产开发公司,在这种关键的时刻竟然没有考虑到这些应当做的工作,不得不说是一个遗憾,也是本案纠纷发生的直接原因。

在此可做进一步的分析。在签订正式的《商品房买卖合同》之前,开发商先与购买方签订认购协议或者购房意向书,购房者以此向开发商支付定金,是开发商常用的一种售房方式,本案即是如此。但认购协议或者购房意向书常常比较简单,具体的内容需等签订正式的《商品房买卖合同》时商定。如此一来,就会出现这样的现象,在房价上涨时,开发商以《商品房买卖合同》中有关具体内容无法达成一致意见为由,不与购房者签订合同,或者要求加价,而在房价下跌时,购房者也会以同样的理由不与开发商签订《商品房买卖合同》,或者要求降价,且这样做双方都没有违约责任可承担。根据《合同法》第三条:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”开发商与购房者在法律上是平等的主体,因此,无论是开发商还是购房者,都没有权利要求对方一定要与其签订《商品房买卖合同》,尤其是在认购协议的约定不具体明确的情况下更是如此。即当事人均应当遵循“契约自由”原则。而强制缔约只在一些特定的行业中存在,如公路、铁路、电信、煤气、自来水等关乎人们日常工作与生活的行业,即负有应要约方的请求而与其订立合同的义务。

综上分析，本案调解的结果应当是公平、合理的，相信如调解不成，仲裁庭也会作出如此结果的裁决。无非以调解形式结案，省去了仲裁庭对案情事实作进一步调查的必要，省去了在裁决文书上的一些必要的说理，在程序上和文书上可以适当地简化。事实上，仲裁庭在做双方当事人的调解工作时，正是运用上述的相关分析，有理、有节地逐步说服双方当事人的。因此，笔者认为，无论是法庭还是仲裁庭，审判员或仲裁员如能做到依法据理地将可能出现的判决或裁决结果向各方当事人作有理、有节的分析，当事人是会充分考虑法庭或仲裁庭的意见的，这不是审判员或仲裁员违规，更不是“先斩后奏”。一起案件双方当事人在庭审前和庭审时均针锋相对、互不相让，而最终却能握手言和，以调解的形式解决纠纷，是符合当前营造和谐社会的主旋律的。



业主违章装修问题物业公司之诉权

——记物业公司首次作为原告诉讼解决大批业主违章装修案

李国刚　崔满兴*

案情简介

原告:某某物业公司

被告:某某

2008年,某楼盘一千余套商品房交付业主使用,业主收房后陆续装修,至2009年7月已有逾半业主装修了新房,在已装修房屋中,有一百余套商品房属于底层一楼,一楼下有地下室,一楼地下室按理应属全体业主,但开发商与所有业主的购房合同均已约定,由于一楼地下室与一楼直接相连,所有业主均明确同意地下室使用权专属于一楼业主,每幢楼的排污管道及雨水管道均埋于地下室的下面。

各业主在与开发商签订购房合同的同时,均与物业公司签订了《前期物业管理服务协议》,协议就该物业前期物业管理服务委托物业公司提供服务进行了约定。业主因装修需要均向房管部门申请房屋装修备案,房管部门也下发了《房屋装修备案书》,并要求业主严格按照设计规范施工等。但在装修过程中,物业公司发现一楼业主存在将厨房移至地下室,将一楼厨房改为卫生间,破坏公共烟道,破坏南阳台外立面将南阳台外延,擅自改动燃气管道,在地下室增设卫生间及擅自改动地下室公共排污管道等违法装修行为。为此,物业公司多次向一百余户业主发出《房屋装修违规行为整改通知书》,要求业主立即停止上述违法行为并予以整改。期间,房地产管理所等

* 李国刚,男,主要从事建筑房地产、民商事、公司法律顾问等法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

崔满兴,男,主要从事民商事、公司法律顾问等法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

相关部门也向部分业主发出《责令立即(限期)改正违法行为通知书》等，责令业主限期整改违法装修行为，均未果。2009 年 8 月，在求助于政府行政部门没有实际效果后，物业公司求助于本文律师作者，律师经研究并与物业公司商量后认为当时直接起诉业主时机不成熟，待 2009 年国庆节后相关司法解释施行之日再行起诉，故于 2009 年国庆节后上班第一天，选择有代表性的两个业主作为被告，诉至法院。

争议焦点

1. 业主的行为是否合法？

2. 针对业主违章搭建、改建装修行为，物业公司是否有权诉请拆除即物业公司是否具有原告资格？

代理思路

律师作为物业公司的常年法律顾问，在分析案情后，考虑到案件的处理关系其余一千余户业主的利益，也关系到其余一百余户业主是否会整改其违章装修问题，更关系到该物业公司在杭州管理着一万余套商品房的类似违章装修问题，对公司、对物业服务行业，本案都有着非常重要的实际案例示范意义。因此，律师也是高度重视，力求案件达到个案效应与该楼盘大批违章装修业主的整体警示效应，使个案发挥尽可能大的教育、警告及示范效用。律师充分搜集相应证据并整理了完整的法律规定和法律意见，经与法院充分沟通(此类案件对法院也是新类型案件)，在事实和法律面前，基于法院审理过程中法官的明确态度，一个案件被告业主在整改完毕后物业公司撤诉，一个案件被告业主在明确的事实和法律面前最终与物业公司达成调解协议并按物业公司要求拆除违章搭建并恢复原状。之后，物业公司逐个上门做其余一百余个业主的工作，其余业主看到法院的处理结果后大部分都自己进行了整改，维护了整个小区占绝对多数业主的权益，取得了良好的社会效果。

一、关于业主的行为是否构成违章搭建

律师认为，解决该问题首先应固定业主的行为，其次确定该行为是否违反合同约定或法律规定。

接受委托后，律师首先建议物业公司对业主装修存在的问题进行现场拍照固定或者采取进一步证据保全措施——现场公证；之后对该行为是否违反约定或规定进行分析，确定属违法行为后物业公司先后向业主书面告

知装修存在的问题并要求整改;在劝告无效后,及时向当地房管部门反映该问题并要求处理。

但是,业主却认为,其向开发商购买了该商品房,即享有该商品房的所有权,而所有权包括了占有、使用、收益、处分的权益,因此在自己的所有物上进行改造搭建,是所有权的具体体现,并不侵害第三人利益,属合法处分行为,他人无权干涉。

律师认为,业主破坏南阳台外立面将南阳台外延、在地下室增设卫生间等行为,违反了《业主临时公约》关于业主在房屋装修时,负有不得擅自改动房屋结构、外貌(含阳台),不得拆改房屋公共设施设备,不得将卫生间、厨房间移位或者增设等义务的规定,属违约行为。同时,该行为同样违反了《住宅室内装饰装修管理办法》关于将没有防水要求的房间或者阳台改为卫生间、厨房间;改变住宅外立面,在非承重外墙上开门、窗;拆改燃气管道和设施等规定,属违法行为。因此,业主关于上述装修行为属行使所有权的合法行为缺乏依据。

二、针对业主违章搭建行为,物业公司是否有权诉请拆除

权利来源于法律的规定或合同的约定,判断本案物业公司是否享有诉权关键在于判断法律是否有相应的规定或双方是否对此有约定。

律师认为,根据《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》法释〔2009〕8 号第四条规定"业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约,实施妨害物业服务与管理的行为,物业服务企业请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等相应民事责任的,人民法院应予支持",该规定赋予物业公司对业主违法装修诉请人民法院的诉讼权利。同时,双方《前期物业管理服务协议》第一条关于物业公司享有制止业主违法装修行为的权利;业主也负有装修房屋时,遵守有关法规、规章、政策的规定及遵守本物业的《业主临时公约》的义务,也是物业公司享有诉权的基础。现业主上述装修行为违反了双方的约定和法律规定,物业公司有权诉请拆除。

审判结果

最终,在法院主持下,一个业主整改后物业公司撤诉,一个业主与物业公司达成了调解协议,业主同意拆除违章搭建并恢复原状,法院出具了民事调解书予以确认。之后,业主按调解书履行了相应的义务。

经典评析

一、法释〔2009〕8号司法解释颁布前的不同做法

在法释〔2009〕8号司法解释于2009年10月1日起实施。在此之前，面对物业公司的拆违诉请，多数业主抗辩其行为并不侵害物业公司的权利，物业公司不享有原告主体资格无权诉请拆违。对此，各地法院做法不一，实践中主要存在结果相反的观点。

一观点认为，根据《物业管理条例》第46条"对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业管理企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告"的规定，面对业主违法装修行为，物业公司只能制止、劝阻，享有在制止无效后向房管部门报告的权利。同时《物权法》第83条亦规定："业主应当遵守法律、法规以及管理规约。业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。"该规定同样并未赋予物业公司诉请拆违的权利。因此，一些法院考虑物业公司并非权利义务相对人，也不是相关权利义务的承受主体，并非此类民事诉讼的适格主体，业主的装修行为并不侵害物业公司的任何民事权利，物业公司要求业主拆除违法装修的诉讼请求于法无据，故而驳回物业公司的起诉。

另一观点认为，前期物业管理中，因业主委员会尚未成立，物业公司作为小区物业管理企业，有权向违反物业管理公约或相关法规的业主主张权利。更何况，前期物业服务合同或业主(临时)公约对小区业主私搭乱建等行为均有禁止性约定，且相关规定并不违反法律、行政法规的强制性规定，物业服务合同或业主(临时)公约作为物业公司对小区进行物业管理权的基础，物业公司依据双方合同中的约定行使诉讼权利并无不妥，故也有一部分支持物业公司的。

二、赋予物业公司诉请拆违的现实意义

近年来，业主违法装修、违章搭建时有发生。违章搭建不仅破坏了小区整体划一的规划，也影响了其他业主正常的采光、通风，甚至安全，对物业公司的管理也有较大的负面影响，是物业管理中的顽症。在前期物业管理阶

段,业委会尚未成立,无法行使物权法赋予的相应权利,面对业主违法装修、违章搭建,许多物业公司在劝阻、制止无效的情况下,请求当地房管部门进行处理。但是,由于房管部门管理力量薄弱,执法体制不健全,管理起来力不从心,往往在下发整改通知书无效后很难采取进一步的强制措施,从而造成违章搭建日益蔓延。

而赋予物业公司诉请拆违的原告资格在一定程度上可以遏制日益蔓延的违章搭建之风,将业主的违章搭建遏制在装修前期,统一了整个小区物业的规划,避免了一些因违章搭建产生的安全隐患,维护了广大业主的合法权益。

建筑施工企业以技术专用章签订合同的法律效力和项目负责人涉嫌犯罪是否先刑后民的法律问题浅析

——钢管租赁站与浙江某某建设集团有限公司、杭州某某建筑装饰工程有限公司租赁合同纠纷案件评析

郑若阳　忽少宏*

案情简介

2007年6月19日，浙江某某建设集团有限公司（简称A建筑公司）、杭州某某建筑装饰工程有限公司（简称B装饰公司）因浙江某甲工地施工需要经人介绍向祝×（杭州市某某钢管租赁站业主）租赁钢管、扣件，双方经协商签订了一份钢管、扣件租赁合同，合同抬头仅书写了B装饰公司一个单位的名称，但在实际盖章时同时加盖了“A建筑公司节能工地2号厂房的技术资料专用章”和B装饰公司的合同专用章，在合同代表人一栏A建筑公司没有人员签字，B装饰公司由法定代表人陈某某签字并留有联系电话。合同签订后，钢管租赁站按照合同的约定向A建筑公司施工的节能工地提供钢管、扣件。2007年10月27日某甲工地施工结束，A建筑公司的节能工地负责人王某某和材料员郦某某提出因A建筑公司余杭C工地施工需要要求继续租赁钢管、扣件，并向钢管租赁站出具了一份钢管续租申请书。申请书的主要内容为：“节能公司2号楼改造工程计划将于2007年10月20日结束，钢管、扣件可以归还给钢管租赁站，但因C工程还需要钢管、扣件，我项目部欲将钢管、扣件直接运往C工程进行使用。请贵经营部予以同意。”并在申请书下加注了“以上钢管转至C工程工地，有关条款按以前签订合同条款执行，费用由C工程项目部支付”。钢管租赁站业主的丈夫

* 郑若阳，男，西安工程科技大学毕业，主要从事建筑房地产、公司风险控制等领域，浙江汉鼎律师事务所专职律师。

忽少宏，男，浙江大学毕业，主要从事建筑房地产领域，浙江汉鼎律师事务所专职律师。

在申请书下方书写了“同意”并加盖了单位公章，A建筑公司节能公司负责人王某某在申请书下方签署了“同意以上条款”并签名，材料员郦某某也在申请书下方签名，上述申请书还加盖了“A建筑公司节能2号厂房技术资料专用章”。办理了上述手续以后，钢管、扣件就由A建筑公司直接运到C工程工地使用。在转移钢管、扣件的过程中因钢管租赁站的要求，A建筑公司杭州分公司以转账支票的方式支付了40000元的租金。2007年年底钢管租赁站发现C工程工地已经临近结束，遂要求A建筑公司C工程项目部支付租金并归还钢管、扣件，但A建筑公司C工程项目部以各种理由推脱，于是钢管租赁站找到A建筑公司杭州分公司，A建筑公司杭州分公司工作人员也表示无能为力，并表示上述租金应由王某某和B装饰公司支付，A建筑公司不负责支付租金及归还钢管、扣件。2008年1月7日，钢管租赁站在无奈之下委托律师向法院起诉被告A建筑公司和B装饰公司。原告钢管租赁站起诉后，被告A建筑公司声称王某某和郦某某涉嫌诈骗向公安局报案，并向法院出具了公安机关对王某某和郦某某立案侦查的函件，法院依据先刑事后民事的原则裁定中止了对案件的审理。后经原告代理人向公安机关了解，王某某因诈骗徐×价值160万元钢材于2008年10月被乙市公安机关采取强制措施，并将此情况告知甲市公安局经济侦查大队，并要求甲市公安方面如果认为王某某构成犯罪也应该将案件移送乙市公安一并处理，但甲市公安方面对此置之不理。钢管租赁站就此向甲市公安局、丙市公安局和省公安厅及各大媒体反映了甲市公安局经济侦查大队违规管辖和违法插手经济纠纷的情况，甲市公安局经核实之后向法院出具了内容为“甲市公安局经济侦查大队对王某某等人的侦查系和钢管租赁站起诉A公司系不同法律关系，法院可以继续审理的函”，法院依据上述函件恢复了对案件的审理。

争议焦点

1. 公安机关已经对王某某和郦某某立案侦查，法院对案件是否还有管辖权问题。

A建筑公司认为公安机关已经就王某某和郦某某涉嫌以A建筑公司节能工地和A建筑公司C工程工地的名义对外签订合同实施诈骗，A建筑公司向甲市公安局报案，甲市公安局已经对王某某立案侦查，并且将相关立案侦查的情况函告法院。故法院应该中止案件的审理或裁定将案件移送公安机关处理。

原告钢管租赁站认为王某某和郦某某系项目部管理人员，王某某为A建筑公司节能工地和C工程工地的负责人，郦某某系上述两个公司的材料员，王某某和郦某某的行为系职务行为，并且原告钢管租赁站向A建筑公司提供的钢管、扣件也是建筑工程施工中必须使用的周转材料，钢管租赁站也按照合同的约定提供了施工中所需要的钢管、扣件，钢管租赁站已经尽到相当的注意义务，所以钢管、扣件已经转移给A建筑公司占有，故不存在诈骗的，如果王某某处分租赁物，也是A建筑公司内部管理问题，公安机关以诈骗罪立案侦查是错误的，是公安机关违法插手经济纠纷，故法院应该对案件继续审理。

2. A建筑公司是否应对租赁合同承担责任，即技术专用章签订租赁合同的法律效力问题。

钢管租赁站认为自己是和A建筑公司及B装饰公司发生租赁关系，合同上加盖了A建筑公司和B装饰公司的印章，并有A建筑公司的材料员签字，提供到公司的材料均由A建筑公司材料员郦某某签字收料，钢管、扣件在节能公司使用后A建筑公司又申请将材料转移到A建筑公司C工地继续使用，期间A建筑公司杭州分公司还应原告钢管租赁站的要求支付了4万元的租金。原告钢管租赁站认为王某某和郦某某的行为系职务行为，A建筑公司应对王某某的行为承担责任。另A建筑公司在C工地对王某某和郦某某均有任命，即使涉嫌犯罪也和原告钢管租赁站无关，完全系A建筑公司内部管理问题。至于技术专用章订立合同是否有效问题，虽然技术专用章订立合同意思表示存在瑕疵，但是合同已经实际履行并且有A建筑公司的管理人员签字收料，A建筑公司事后还根据合同的约定支付了4万元的租金，因此双方之间的合同是合法有效的。

A建筑公司答辩称自己不是租赁合同的主体，不是钢管、扣件的承租方，是原告钢管租赁站和另一被告B装饰公司发生的租赁关系，从合同的履行情况看，是B装饰公司委托郦某某，我方不存在向原告钢管租赁站租赁钢管、扣件的合同关系。合同抬头只有B装饰公司的名称而没有A建筑公司名称，A建筑公司在合同上加盖的“A建筑公司节能工地2号厂房技术资料专用章”真实性无法确认，而且技术资料专用章不能用于签订租赁合同，并向法院申请鉴定。

3. 本案中A建筑公司C工地租赁的钢管、扣件数量超出正常施工所需要的数量，原告钢管租赁站是否存在过错。

在一、二审中，被告A建筑公司均提出C工程工地的建筑面积3112平

方米,C工程工地所使用的钢管、扣件项目部已经向杭州市经某租赁站租赁,租赁的数量为29898.3米。而钢管租赁站提供的钢管的数量为55687.8米。钢管、扣件租赁的数量明显超过工地施工所需要的数量,因此续租行为对被告A建筑公司不发生效力,钢管租赁站也明知C工地施工不需要这么多钢管、扣件,而仍然允许王某某、郦某某将全部钢管、扣件转移到C工程工地,法院认定钢管、扣件系A建筑公司续租没有任何事实和法律依据。

钢管租赁站认为,A建筑公司C工程工地向其他人租赁钢管、扣件的情况原告钢管租赁站不知道,被告A建筑公司也未将向其他单位租赁钢管、扣件的情况告诉原告钢管租赁站,关于A建筑公司C工程工地具体使用钢管、扣件的数量,原告钢管租赁站没有审查的权利,因此所有的钢管、扣件转移到C工程工地的事实是成立的。

4. 本案双方约定的违约金是否过高,法院是否进行调整的问题。

原告钢管租赁站向法院起诉时要求按照合同的约定,请求法院按照合同约定支持每日百分之一的违约金直至款项付清。

被告A建筑公司答辩认为合同约定每日百分之一的违约金明显过高,百分之一的违约金相当于每年365%,这和原告钢管租赁站因被告违约所受到的损失明显不相符,认为即使构成违约也应按照银行同期贷款利息支付损失较为妥当。

审理判决

一、一审法院的审理和判决

一审法院经审理后认为,综合上述有效证据及双方当事人陈述,本院查明以下事实:2007年6月29日,钢管租赁站作为甲方,B装饰公司、A建筑公司共同作为乙方,签订租赁合同一份,约定:乙方向甲方租赁钢管、扣件,具体数量按实发数量为准;租金为钢管每天每米0.009元(250米为1吨)、扣件每天每只0.007元,租金按月结算,当月付清,运输费每吨18元、装车费每吨5元,由乙方承担,还钢管运费一样,堆卸费每吨7元自负;乙方委托郦某某现场接收签字生效。2007年7月1日至2007年8月23日,郦某某共签字确认租单34份,载明节能工地共收到钢管租赁站钢管75295米,扣件33049只。2007年10月7日,王某某以A建筑公司节能工地项目部的名义向钢管租赁站提出《钢管续租申请》一份,内容为:节能公司2#楼改造

工程计划于10月20日外脚手架全部拆除,相应的钢管和扣件可以返还给贵经营部,但是目前C工程还需要钢管和扣件,我项目部欲将节能公司2#楼改造工程的钢管和扣件直接运往C工程继续使用,请贵经营部予以同意,以上钢管转至C工程工地,有关条款按以前签订合同条款执行,费用由C工程项目部支付,材料员郦某某。2007年10月10日,钢管租赁站盖章同意前述申请。2007年11月1日,郦某某签字确认租单一份,载明:B装饰公司节能工地、A建筑公司C工地租赁钢管55687.8米,扣件24819只。

另查明,2008年11月24日,甲市公安局向院致函称:2008年2月26日,我局接到A建筑公司报案:2007年5月16日和6月下旬,A建筑公司分别中标“某某勤用房工程”和“某某厂房改建工程”等两项工程。2007年5月30日和7月31日,王某某与A建筑公司签订合同,承包建筑该两项工程……

又查明:某某民事判决书确认郦某某为王某某承包的A建筑公司节能2号厂房项目工程的材料员,代表A建筑公司参加过该工程的工程协调会并在会议纪要上签字。

再查明:2007年10月21日,A建筑公司向钢管租赁站支付租金40000元。

本院认为:(一)《租赁合同》的承租方系B装饰公司与A建筑公司。《租赁合同》已明确写明B装饰公司为承租方,B装饰公司亦签字、盖章确认,故B装饰公司应为承租方。A建筑公司虽然在《租赁合同》上加盖的系节能2号厂房技术资料专用章,但A建筑公司节能2号厂房工地承包人王某某、材料员郦某某均确认向钢管租赁站租赁钢管、扣件,A建筑公司又于2007年10月21日向钢管租赁站支付40000元租金,结合上述事实,应确认A建筑公司亦为《租赁合同》承租方,应承担民事责任。(二)关于A建筑公司应承担的民事责任。A建筑公司因节能工地租赁钢管、扣件后又申请转至C工程工地,至今未还,应承担支付租金及归还租赁物的法律责任。A建筑公司迟延支付租金,钢管租赁站要求其支付至2007年12月31日的违约金52103元,2008年1月1日至租金付清前的违约金按每日1%计算符合合同约定,但A建筑公司抗辩违约金约定过高亦于法有据,本院酌情将违约金标准调整为每日千分之一,至2007年12月31日的违约金为5210元。(三)关于B装饰公司应承担的民事责任。钢管租赁站自愿要求B装饰公司对2007年10月31日前的租金56733.93元、装车费1505.9元、运费6706.94元与A建筑公司共同承担清偿责任并无不当,本院予以支持。

关于B装饰公司与A建筑公司共同承担违约金的金额,因B装饰公司抗辩违约金过高,本院酌情调整为4583元。综上,依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条之规定,判决如下:

一、被告浙江某某建设集团有限公司于本判决生效之日起十日内支付原告钢管租赁站租金97904.22元(前述租金计算至2007年12月31日止,自2008年1月1日起至钢管、扣件还清日止的租金按照钢管每天每米0.009元、扣件每天每只0.007元另行计付)、装车费1505.9元、运费6706.94元、违约金5210元(违约金计算至2007年12月31日止,自2008年1月1日起至租金还清日止的违约金按每日千分之一另行计付)。

二、被告A建筑公司于本判决生效之日起十日内归还原告钢管租赁站钢管55678.8米,扣件24819只。

三、被告B装饰公司与被告A建筑公司截至2007年10月31日前应付的租金56733.93元、装车费1505.9元、运费6706.94元、违约金4583元承担共同清偿责任。

在一审宣判后,被告A建筑公司不服原审判决,向中级人民法院提出上诉,认为本案所涉及纠纷已经明显涉嫌合同诈骗,人民法院应依法驳回被上诉人对上诉人的起诉,将该案移送公安机关处理,如果二审法院认定该案无需移送公安机关处理,也应该驳回被上诉人对上诉人的诉讼请求。

二、二审法院的审理和判决

本院经审查,查明事实与原审法院认定的事实一致。另查明,A建筑公司在二审中自认2007年9月份其已派员进入节能公司工地和C工地现场,10月份左右全面掌控(主要指资金方面)工地。

本院认为:一、关于王某某在本案中行为性质的认定。根据查明的事实,王某某系A建筑公司承建的某某厂房和C工程工地的承包人,虽然甲市公安局依据A建筑公司的报案对王某某涉嫌合同诈骗一案进行了立案侦查,本案亦在一审时因此裁定中止诉讼,但其后甲市公安局经进一步侦查,已以公函的形式告知原审法院,现有证据尚不能证实王某某涉嫌合同诈骗一案与本案系同一法律关系,建议原审法院对本案继续审理。在此情况下,A建筑公司仍主张王某某在本案中的行为涉嫌合同诈骗没有事实与法律依据,其该项上诉理由本院不予采信。二、关于合同主体。各方当事人对于B装饰公司系案涉租赁合同承租人的事实均无异议,争议的焦点在于A建筑公司是否亦是案涉租赁合同的承租人。根据查明的事实,虽然案涉租

赁合同抬头载明的承租方为 B 装饰公司，但在合同尾部乙方（承租方）处除加盖有 B 装饰公司合同章外，还加盖有 A 建筑公司某某厂房技术资料专用章，虽然 A 建筑公司的该印章在对外代表其意思表示上存在瑕疵，但现有证据并不能证明 A 建筑公司关于其加盖技术专用章系进行质量认证的主张，也不能证明其与 B 装饰公司间存在钢管扣件的转租关系。相反，A 建筑公司某某厂房工地材料员郦某某出具的申请冠以“续租”名称，按照常理，其前提是 A 建筑公司与钢管租赁站间存在租赁事实，而该申请中 A 建筑公司某某厂房工地及 C 工程工地承包人王某某关于“以上钢管转至 C 工程工地，有关条款按以前签订合同条款执行，费用由 C 工程项目部支付”批注，应属对案涉租赁合同部分条款变更后继续履行的意思表示，该续租申请中除有权代理人王某某签字外，只加盖了 A 建筑公司某某厂房技术专用章而无 B 装饰公司印章，至于其后 A 建筑公司在其自认的已经全面接管案涉工地后向钢管租赁站支付部分租金的事实，亦进一步证明 A 建筑公司对于其系案涉租赁合同一方主体的事实应当知晓且予认可，据此，原审法院认定 A 建筑公司亦系案涉租赁合同承租人正确，A 建筑公司关于其并非案涉合同当事人的上诉理由本院不予采信。三、关于责任承担问题。鉴于 A 建筑公司主张的王某某在本案中涉嫌合同诈骗的事实不能成立，则王某某作为案涉 A 建筑公司某某厂房工地和 C 工程工地的承包人，郦某某作为工地材料员因工程建设需要向钢管租赁站租赁以及收取钢管扣件等均是代表 A 建筑公司的有权代理行为，由此产生的法律后果由 A 建筑公司承担，A 建筑公司关于其未授权王某某、郦某某对外签订合同，事后也未予追认的主张与王福定案涉工程承包人的身份不符，亦与 A 建筑公司直接向钢管租赁站支付部分租金的事实相悖，其关于无需承担合同责任的主张本院不予支持。对于 A 建筑公司关于租赁数量不合常理的主张，本院认为该审查义务并不在钢管租赁站，不能以此作为判定钢管租赁站在本案中是否存在过失的依据。综上，A 建筑公司的上诉理由均不能成立。原审法院认定事实清楚，实体处理得当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 16375 元，由上诉人浙江某某建设集团有限公司负担。

本判决为终审判决。

经典评析

本案在审理过程中双方的主要争议焦点在于:第一,本案是普通的民事纠纷还是涉嫌诈骗犯罪,法院对本案是否有管辖权,实体处理上是否应驳回钢管租赁站的起诉;第二,原告钢管租赁站和被告A建筑公司之间是否存在租赁合同关系即技术专用章签订租赁合同是否有效,如果存在租赁合同关系,A建筑公司是否对续租的钢管、扣件承担民事责任。

一、本案双方签订的租赁合同是否可以约束A建筑公司的问题

首先,虽然在签订租赁合同时抬头并没有A建筑公司的名称,但是在合同承租方处加盖了"A建筑公司某某厂房技术资料专用章",虽然技术专用章在意思表达上存在一定的瑕疵,不如公司的合同专用章和公章那么明确,但是也会对签约一方产生约束力,往往在签订合同时不但加盖了技术专用章而且有公司相关人员在合同上签字,只要技术专用章是真实的,人员的身份就得到印证,而合同一般涉及的材料均是施工中要使用的建筑周转材料或建筑消耗材料,这些人员的行为就是职务行为。工地施工中同一材料员会以公司的名义和数个供应单位发生买卖关系,这样其行为就进一步确定下来。根据《民法通则》第四十三条"企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任"的规定,单位就要承担责任。其次,在双方的交易中单位一般会支付部分的款项,不管单位支付这部分款项的初衷是项目部还是材料供应商,但是对外来讲对方单位已经实际履行了合同。《合同法》第三十七条规定:"采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。"参照上述规定,合同也是可以约束双方当事人,更何况本案中合同已经加盖了技术专用章和由项目负责人签字确认。第三,根据建筑工程的施工惯例和建筑法规规定,建筑施工企业会在每个项目上组建管理班组并进行公示,涉及材料采购的人员一般包括项目经理、材料员、施工员及各班组的负责人,在实际的施工中有些建筑公司将工程进行了转包、分包,但是对于与建筑公司交易的材料供应商来说并不知晓上述情况,他们在和建筑公司交易时更注重上述人员的身份,从表象来看上述人员系项目部管理人员或班组的负责人,材料供应商有理由相信他们的行为可以代表公司,即构成表见代理。最后,有些建筑公司在成立项目部时一般会刻制项目部公章和技术专用章或资料专用章,在特殊情况下项目部的实际承包人或负责人会未经公司同意刻制上述

印章，并且在项目的施工过程中广为使用，在发生诉讼时建筑施工企业会以自己没有刻制或授权刻制上述印章或印章由项目部人员私刻进行抗辩，但是从交易对象角度看，他们并不清楚印章系由谁刻制及如何刻制，因此在司法实践中上述印章真伪及是否由施工企业授权刻制往往无法查清，但只要签字人员系施工人员或受建筑公司指派，法院最终会认定合同有效，并要求建筑公司履行合同责任。因此在本案中，最终一、二审法院均认定 A 建筑公司为合同的主体，A 建筑公司应承担民事责任。

二、关于本案是否刑事优先的问题

案件在审理过程中如果涉嫌诈骗，法院处理的依据是《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》，诉讼中往往建筑公司会以公章系伪造和项目负责人利用工程施工进行犯罪为由向公安机关报案并要求法院移送案件。一般分三种情况处理：第一，如果法院受理的案件确实属于刑事案件，不属于经济纠纷，法院应当驳回原告起诉，并告知当事人向公安机关报案；第二，如果犯罪情节和经济纠纷不属于同一法律关系或属于职务犯罪，应由单位承担民事责任，按照普通民事案件审理；第三，如果犯罪嫌疑人涉嫌盗窃、伪造公章和介绍信的，建筑施工企业有过错的，认定合同无效，但应承担相应民事赔偿责任。本案在审理中，A 建筑公司向公安机关报案称，合同的经办人王某某涉嫌诈骗，公安机关也已经立案进行侦查，但是本案系租赁合同纠纷，在双方签订租赁合同和交付租赁物后原告就丧失了对租赁物的占有，租赁物转归被告 A 建筑公司占有，既然 A 建筑公司在报案时称王某某系节能工地的承包人和 C 工程工地的实际承包人，从交易的表征看王某某、郦某某的行为均是职务行为，其行为产生的后果应由 A 建筑公司承担，即使钢管、扣件在实际的使用和转运过程中被王某某、郦某某出售也属于 A 建筑公司的管理问题，如果王某某、郦某某的行为构成犯罪的也属职务犯罪，不影响案件的审理。另，甲市公安局在侦查中已经发现王某某因其他案件被乙市公安局采取强制措施，按照《刑事诉讼法》的规定，甲市公安局应将案件移送乙市公安局一并侦查。并且在本案的审理中，甲市公安局已经明确函告通知法院对王某某案件的侦查和法院审理的案件无关，故本案不存在刑事优先问题，也不存在法院应依法驳回原告钢管租赁站起诉的事实和理由。

房屋质量缺陷修复后的价值贬损问题界定

——蔡某诉某房地产开发公司房屋买卖合同纠纷案评析

吴方荣　金德聪*

案情简介

蔡某于2006年12月9日与某房地产开发公司签订《商品房买卖合同》,购买杭州某小区商品房一套,合同约定交付期限为2007年12月15日前,交付条件是该商品房经验收合格。2007年8月2日,房产公司取得杭州市高新技术开发区(滨江)建设局核发的《竣工验收备案表》。2007年10月12日,房产公司通知蔡某办理交房手续。

蔡某在验房时发现房屋多处存在楼板裂缝等质量问题,检测与鉴定,鉴定结论称:"部分楼板的部分支座抗弯承载力不满足相关规范要求,应采取有效补强措施"、"楼板裂缝不影响结构安全,但应采取有效措施对其进行封闭处理,以保证房屋的正常使用和耐久性。"

2008年1月29日,房产公司按照某某建筑设计研究院有限公司出具的修复补强方案组织相关单位施工修复补强,并经建筑设计单位、修复设计单位、施工单位、监理单位验收合格。2008年2月24日,房产公司与蔡某签订《商品房交接书》,房屋交付完成,但有关损失赔偿事宜协商未果。2008年6月3日,蔡某提交仲裁请求,要求房产公司赔偿楼板裂缝不合格导致房屋价值贬低的损失60000元。

争议焦点

本案的争议焦点为:房屋质量缺陷修复后是否还存在价值贬低的损失?

* 吴方荣,男,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。
金德聪,男,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

申请人蔡某述称：房屋楼板等质量缺陷经补强、封闭处理后虽可居住使用，但并不能确保房屋的使用寿命符合设计年限要求，并且房屋质量缺陷修复后仍不能消除固有缺陷造成的影响，因此房屋的市场价值必然产生贬低的损失。

被申请人房产公司辩称：被申请人按照某某建筑设计研究院出具的《部分楼板修复补强方案》的要求，完成了楼板补强、裂缝修补，并承担了楼板修复补强工程的全部费用。经建筑设计单位、修复设计单位、施工单位、监理单位、建设单位验收，修复补强工程的验收结果为质量符合相关验收规范和设计文件要求，质量评定为合格。经修复补强的房屋楼板在正常使用和耐久性上均不低于修复前正常验收合格交付的标准，不影响申请人对房屋的正常使用，因此楼板修复后也不会出现房屋价值的贬损。申请人主张房屋价值贬低的损失 6 万元，但申请人未提供相关损失的事实与法律依据。

审理裁决

仲裁委认为，被申请人于 2007 年 8 月 2 日取得的政府主管部门核发的《竣工验收备案表》，表明该商品房验收合格，已达到合同约定的房屋交付条件。交房验收时发现楼板裂缝等质量问题，经过检测鉴定，本案所涉房屋主卧室楼板确有承载力不满足要求的问题，但不影响结构安全，可以通过修复补强措施保证房屋的正常使用和耐久性，尚属合同约定的保修责任范围。出卖人在履行了修复补强义务之后，是否还要承担或有的价值贬低赔偿责任，本案房屋买卖合同中没有此种约定。申请人提出因楼板质量问题导致房屋价值贬低的损失赔偿要求缺乏法律依据，不予支持。

此外，由于案涉房屋所存在的质量瑕疵及检测、修复补强等原因，影响申请人及时接收和使用商品房，被申请人表示将承担相应责任，依照合同约定承担违约金的基础上再自愿补偿申请人，仲裁委对此予以支持。

经典评析

目前房屋买卖合同纠纷中，质量瑕疵违约损失赔偿情形较为集中与突出，尤其在房屋质量瑕疵引发的价值贬损问题的界定上，各地司法实践中的可参考案例寥寥无几。本案例从房屋质量瑕疵修复后的价值贬损问题界定这一视角进行下文阐述。

法律上，房地产开发企业向买受人交付符合建筑质量规范的商品房是其法定义务，否则开发商应承担违约责任，违约责任的具体形式可以是采取补救措施、赔偿损失。本案中房产公司交付的商品房经检测与鉴定存在楼

板裂缝的质量瑕疵，房产公司对此应当承担修复义务。因修复期间买受人无法对商品房实行占有、使用、收益等权利，因此产生的损失应由开发商承担。

商品房质量瑕疵在修复且经各方主体验收确认符合国家质量规范后，是否存在上述损失之外的所谓“价值贬低的损失”呢？该价值贬损是否构成法律上的损害结果？该问题涉及损失赔偿的界定，违约行为与损失赔偿的因果关系、违约损失的可预见性原则等法律问题。

1. 商品房质量瑕疵在修复验收合格后是否存在使用价值的损害？

损害作为一种事实状态，是违约损害赔偿的前提。任何人只有在因他人不履行合同债务而遭受实际损害的情况下，才能请求他人赔偿。本案中，案涉房屋通过修复补强后不存在质量缺陷，更不存在因质量缺陷造成的价值贬损。

(1)本案中，被申请人交付的商品房经楼板修复补强并验收合格后，质量符合相关验收规范和设计文件要求，修复后的房屋质量和使用功能不低于原设计要求，可以保证房屋正常使用和耐久性，房屋品质、安全性、使用寿命并不因此受到影响，且修复设计、修复施工等费用以及修复期间申请人本可按照正常合同履行获得的占有、使用房屋带来的利益的损失均已由被申请人承担，故案涉房屋修复补强后事实上不存在使用价值的贬低损失。

(2)从目前来说，商品房属于手工作业产品，其不可能像标准化生产的工业产品那样完美无缺，这也是国家规定商品房保修制度的初衷。在支持价值贬损的案例中，有观点认为虽然房屋修复加固后恢复了安全性能，但由于其曾经受损的瑕疵不可能消除，在恢复安全性能后并不能确保使用寿命能达到原有年限，因此必然对房屋市场价值产生影响。这一观点在很大程度上借鉴了汽车事故维修后市场价值贬损的思路。而房屋作为不动产，其使用、维护、市场价值等等显然不同于作为消耗品的机动汽车。从房屋的物理自然属性上讲，房屋质量瑕疵本身将导致房屋自然品质、物理使用功能等属性的降低，但在瑕疵修复经验收合格后，房屋恢复物理使用功能原状，曾经受损的瑕疵得到消除。况且，房屋作为不动产，其加固补强、装修等措施通常是房屋保值增值的有效手段，因此房屋经修复后必然产生价值贬损的观点值得商榷。

2. 质量瑕疵修复事实与商品房交换价值的贬低是否成在因果关系？

在违约责任中，因果关系是归责的重要前提，实际发生且可以确定的损失事实是违约损害赔偿依据，对于尚未发生的或无法客观确定的损害，不能

赔偿。

(1)法律意义上的损失,除要求具备损失的事实依据外,还要求造成损失的原因行为或事实与损失结果有必然的联系。案涉商品房曾经进行修复的事实与该商品房交换价值或市场交易价格涨跌之间不存在法律上的因果关系,也没有必然联系,故申请人不存在法律意义上的损失。

一种观点认为房屋的价值由房屋本身的品质决定,房屋价值的高与低是固有的,不因市场交易与否而发生变化,这一观点指出了房屋使用价值高与低是固有的,但否认了房屋交换价值和价格是体现在市场交易中这一事实,房屋交换价值和价格只有在房屋再行交易的市场条件下才能体现,否则无法对其价值进行科学的量化鉴定,故该观点值得商榷。

(2)损失的确定性首先是指损害能够通过金钱计算加以确定,其次还意味着它是债权人能够通过举证加以确定的。而本案中的质量瑕疵导致的所谓价值贬损有着非常强烈的主观因素,难以参照市场价格进行计算,无法按客观的标准对它加以确定。申请人作为举证责任承担方也未能就价值贬低的损失存在与否、损失大小、金额等提出证据材料来证实。

房屋质量瑕疵损失赔偿案件中,当事人可就房屋质量瑕疵申请检测鉴定,根据检测结果出具修复方案,同时可向具备编制预算相关资质的评估机构申请评估修复所需费用,但我国目前不存在房屋价值损失评估的资质管理机制以及相应的评估机构与评估规范,房屋质量检测评估机构无法就价值贬低的损失存在与否、损失大小、金额等作出检测评估结论。当然,在司法实践中也有评估机构出具价值贬损比例评估的案例,如北京市建委颁布《北京市房屋质量缺陷损失评估规程》后,北京石景山区法院审理了"质量贬损赔偿第一案",其定损所依据的《房屋质量缺陷损失报告》明确了房屋质量拆除、修缮、恢复房屋的成本和直接损失金额,同时认为"在业主进行房屋转让时,可能会产生不利影响,造成房产贬值",并根据现场观测和对同类物业综合分析,确定价值贬损比例为房屋总价款的2%到3%。该评估报告虽明确了价值贬损比例,但并未明确出具报告时是否存在价值贬损、贬损依据以及损失的具体金额,法院最终也未采纳评估报告确定的贬损比例作出判决,而是综合案情后在不区分房屋修复费用、修复期间损失与价值贬损,酌情裁决部分支持损失赔偿诉请。

3.违约损害赔偿责任不得超过违约方在订立合同时已经预见或应当预见到的因违约造成的损失。

房产公司交付有质量瑕疵的商品房,因此产生的房屋修复费用的积极

损失以及修复期间无法占有、使用、收益的消极损失是违约方应当预见的，但质量瑕疵修复事实不是房屋交换价值或社会评价降低的原因，违约方也不应当或无法预见到这一结果。这也是我国《合同法》第一百一十三条确立的违约损失赔偿的可预见性理论的应有之义。根据《合同法》该条理解及其立法目的，损失必须是自然发生，即按照违约行为的一般过程而自然发生的，且违约产生的损失必须是当事人在订立合同时可以合理地预见到的。结合本案，房产公司把商品房出售给蔡某，就一般情况而言，买卖合同履行不涉及蔡某与第三人之间的房屋转让、抵押或其他处分房屋的行为，因此房产公司无法预见到质量瑕疵经修复后将造成所谓的房屋交易价值贬低的损失，这里所谓的房屋价值贬低不能被合理地视为双方在成立合同时应公平合理地考虑到的违约的后果。

综上，本案审理中，我们代理房产公司提出上述观点，仲裁庭予以采纳。通过该案的裁决结果，明确了房产公司在承担房屋质量瑕疵修复义务及修复期间申请人的可得利益损失之外，基于法律上损失的界定、违约行为与损害结果的因果关系以及违约行为造成损失的可预见性规定，该房屋质量瑕疵修复后不存在价值贬低的损失。



浅谈建设工程施工合同中的涉税问题

——从一起建设工程施工合同纠纷案说起

刘　莺*

案情简介

开发公司:某房产开发公司(以下简称开发公司)

施工单位:某建筑施工企业(以下简称施工单位)

开发公司与施工单位签订《建设工程施工合同》,由其承建开发公司开发的某小区某地块某标段工程,该工程竣工后由某工程造价咨询有限公司(以下简称审价单位)于2007年1月31日出具工程结算的审核报告。该审核报告载明,工程的核定造价为14623852.00元,其中甲供材料费5827978元和甲供施工用水电费并未在此核定造价中扣除。开发公司已经共计向施工单位支付了8969879.58元,应当扣除的甲供材料费为5827978元,施工期间甲供施工用水电费为81670元。所以根据上述核定造价、扣除已支付的工程款、甲供材料费及甲供施工用水电费,开发公司已向施工单位多支付工程款项共计255675.58元。开发公司多次催讨未果后,于2009年3月按照合同约定向仲裁委员会申请仲裁。

仲裁请求为:(1)裁决施工单位返还开发公司多支付的工程款255675.58元;(2)请求裁决施工单位支付开发公司上述超付工程款自2007年2月1日起到实际付清日按照同期同类银行贷款利率计算的利息(截至2009年3月31日为38816.03元);(3)请求裁决施工单位向开发公司补开336998.63元的建筑安装专用发票;(4)本案仲裁费用由施工单位承担。

* 刘莺,女,华东政法大学法律硕士、经济学学士,主要执业领域为建筑、房地产领域法律事务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

争议焦点

一、本案所涉工程的甲供材料金额和水电费金额。

二、施工单位是否可以显示公平为由要求开发公司承担甲供材料税金。

三、施工单位是否可以开发公司未提供甲供材料发票为由拒绝开具336998.63元的建筑安装专用发票。

审理裁决

仲裁庭根据庭审查明的事实,认定开发公司确实向施工单位多支付了工程款255675.58元,支持了开发公司要求返还该多付的工程款,以及该工程款自《工程结算的审核报告》出具之日起至实际付款日的同期同类银行贷款利率计算的利息的请求。

同时,仲裁庭认为在消费法律关系中,开具发票可视为合同的一项附随义务,但在经营活动中开具发票并不必然地属于民事义务,并且在本案中双方签订的《建设工程施工合同》及《工程施工补充合同书》中也未对开具建筑安装专用发票事宜作出具体约定。而未按规定开具发票,是属于违反发票管理法规的行为,应由税务机关依法处理。可见,开具发票属于行政法律关系,不是民事法律关系。故驳回了开发公司要求施工单位补开发票的请求。

经典评析

一、结算审核报告的效力问题

本案中施工单位当场推翻经其盖章确认的工程结算的审核报告中载明的甲供材料金额和税金管理费,理由是要求提供现场签收的明细。

笔者认为,工程结算的审核报告是审价单位根据工程施工过程中开发公司、施工单位和监理公司提供的施工资料编写的,这些资料包含了甲供材料的签收明细。该审核报告经双方盖章确认后,即表明双方对报告中的记载事项的认可,应对双方均有约束力。任何一方如果对已经盖章确认的审核报告拟部分或全部推翻的,至少应当在法定的时间内提出,且具备法定的可撤销、变更理由。从本案的情况看,由于施工单位并未在法定的除斥期间提出,也没有充分的理由,推翻该结算报告显然证据不足,仲裁庭对此也表示认同,故认定了该结算审核报告的效力。

二、甲供材料税金(主要是营业税)的承担问题

在税金的承担问题上,办案的律师需要厘清法定的纳税客体和约定的

承担主体的不同:纳税主体是指税法规定的直接负有纳税义务的实体,包括单位和个人(法人和自然人),即纳税权利义务人;而约定的承担主体则一般是指依据相关方签订的协议而实际承担(支付)纳税义务人应当缴纳税金的单位和个人。

《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》[①]第十八条规定,纳税人从事建筑、修缮、装饰工程作业,无论与对方如何结算,其营业额均应包括工程所用原材料及其他物资和动力的价款在内。根据该条规定,首先营业税的纳税主体毋庸置疑应当是施工单位;其次,从对该条款的字面理解,在营业额的计算上并不区分原材料的供应方,即无论材料系"甲供"还是"乙供",只要该材料用于该项工程,则都必须计算到施工单位的应纳税营业额中依法缴纳营业税。所以,施工单位就材料部分所承担的营业税,与材料系"甲供"还是"乙供"无关。

鉴于既定的税法规定,通常不论工程造价结算是采用定额计价或是工程量清单计价,施工单位在报价时都会将材料部分所对应的税金计人总价之中。开发公司支付给施工单位的工程款中一般也都包含了税金。所以尽管税法上的营业税纳税义务人是施工单位,但是该税负可以通过合同或协议方式转嫁给开发公司,开发公司即是前文所述的约定承担主体。

然而本案情况与上述惯例略有差异。本案中的甲供材料系施工过程中由乙供材料变更而来,由于双方对该变更所涉处理并未能及时形成书面材料,故一旦涉诉双方对甲供材料税金承担问题就存在较大分歧和争议。对于因合同履行过程中产生的争议,笔者认为首先应当按照合同约定处理,对于合同未作约定但是法律法规有明文规定的,则应从法定:对于法律法规亦无明文规定的,则按照双方的履行情况和交易习惯确定。就本案而言,在开发公司、施工单位签订的《建设工程施工合同》中对甲供材料税金管理费(主要指营业税)哪方承担未作约定;在合同履行过程中,施工单位也从未就该事宜提出任何主张;在造价审核报告中,审价机构对于施工单位上报的税金管理费进行了全部核减,对此施工单位并未提出异议,也在审核报告上进行了盖章确认,所以有理由认为其对甲供材料所涉税金的承担是认可的。

如果在施工合同履行过程中确实发生了材料由乙供变更为甲供所导致

---

① 由于本案的涉税业务发生时间为 2004—2006 年,应当适用的为 1993 年版的《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》第十八条,该实施细则已被于 2009 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》代替。

的材料单价提高和税金增加,施工单位为了尽早取得工程款而不得已在审核报告上签章,那么施工单位也应根据《合同法》第五十五条第(一)款规定行使撤销权。本案中施工单位未能在收到审核报告后的一年内行使撤销权,即未在2007年2月1日至2008年1月31日期间行使,而是直到庭审才提出所谓的显失公平问题,所以施工单位的撤销权已经消灭,要求开发公司承担这部分税金,在事实和法律方面都是欠缺足够依据的,这一观点也得到了仲裁委的认可。

因此,笔者建议,作为施工单位或其法律顾问,首先应当在合同履行过程中对于发生变更的事项及时签发联系单保留证据,在迫于建设单位压力之下签署了违背真实意思表示的任何协议之后,也应当要及时行使撤销权。

三、开具发票的法律关系属性问题

本案中施工单位并未就开具发票的法律属性发表任何意见,只是以要求开发公司提供甲供材料发票和承担税金为条件,而仲裁委并未对发票开具是否可以作为一项独立的请求问题进行释明,也未在庭审中就该问题询问代理人意见,却在裁决书中径直以双方施工合同未就发票开具事项进行特别约定,开具发票非必然的合同附随义务,且开具发票系行政法律关系,不是民事法律关系为由驳回请求,笔者认为这类观点[①]和做法均有待商榷。

(一)开具发票属于何种法律关系

对于开具发票的法律关系属性问题,有观点认为系行政法律关系,也有认为系兼有民事和行政法律关系的。故开具发票到底属于何种法律关系,须从各种法律关系的定义、相关法律法规及实际交易情况去探讨。

行政法律关系是国家行政机关在行政管理活动中所发生的由行政法规范所调整的各种社会关系。民事法律关系则是民事法律规范确立的以民事权利义务为内容的社会关系,是由民事法律规范调整而形成的社会关系。而随着行政法规对我们生活的渗透,行政法律关系几乎规制着民事活动的每一个领域。民事法律关系和行政法律关系存在于同一个法律行为中的情况相当普遍。

我国涉及发票管理的法规主要有《税收征收管理法》、《发票管理办法》和《发票管理办法实施细则》。其中《税收征收管理法》属于上位法律,《发票

---

① 该观点出自黄松有任主编的最高法院民一庭的《民事审判实务问答》,认为根据《发票管理办法》,开具发票属于行政法律关系,不是民事法律关系。

管理办法》是国家为了加强发票管理和财务监督，保障国家税收收人，维护经济秩序，根据《税收征收管理法》制定的行政法规。而《中华人民共和国发票管理办法实施细则》则是根据前述办法制定的具体实施细则。

根据上述法规，发票是指在购销商品，提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。《税收征收管理法》第二十一条明确规定了单位在购销商品、提供或者接受经营服务以及从事其他经营活动中，应当按照规定开具、使用、取得发票。《发票管理办法》第二十条规定收款方应当向付款方开具发票，该管理办法同时规定了不按照规定开具发票所应受到的行政处罚。从"收款方应当向付款方开具发票"这段文字的字面意思进行解释，笔者认为所谓"开具发票"一词中实际包含了收款方的填开和交付两个行为。对于填开发票行为，因为涉及税务机关对收款人的税收征收管理，税务机关和开票人（收款人）之间形成的确系行政管理法律关系；然而交付发票却是系因民事法律关系而产生的一项义务（姑且不论其属于约定义务还是法定义务）。所以从发票开具的有关法律规定来看，开具发票行为中兼有行政和民事法律关系，付款方要求收款方补开发票或者请求赔偿相关损失系主张其民事权利的行为，笔者认为民事法律关系和行政法律关系并存于开具发票行为中。

（二）开具发票是行政法上的义务还是民事义务

持开具发票系行政法律关系属性说的一般会将开具发票纳入行政法上的义务。而持兼说观点的一般则将其视为双重义务，即开具发票既是收款人的一项行政法规上的义务，同时也是一项民事义务。

1. 开具发票的行政规范属于民事义务来源性规范

根据行政法规与民法的关系，可以将行政规范分为特别民事规范、转化的民事规范（民事义务来源规范）、民事活动管制规范和重述性规范四类。[①]其中，民事义务来源规范本身并不属于民法性质的规范，而是行政管理法规范，只是由于这些行政管理法规范同时也构成了当事人履行某些民事义务的标准或者成为确定当事人具有某种民事义务的法律依据，才进入民事审判的领域之中。

根据《合同法》第七条的规定，当事人履行合同应当遵守法律、行政法规，也就是当事人全面履行合同义务不只局限于约定的义务，也包括法定的

① 闫海潮：《民事审判中的行政法规：规范类型与法律适用》，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp? id=40681

义务。因此,行政管理法的某些规定可以成为合同义务的来源和法律根据。因为国务院规定的强制性行政管理法规范能够在社会中得到普遍的遵守,所以当事人有理由相信对方当事人能够按有效的行政管理法规行事的正当信赖,也就是说行政管理法规范已经构成当事人订立履行合同的社会背景和共识,成为合同义务来源的法律依据。当事人违反这些强制性行政管理法规范,因而构成违约的,应当依法向对方当事人承担违约赔偿责任。

因此,笔者认为《税收征收管理法》、《发票管理办法》中有关收款人开具发票的规范就属于民事义务来源规范,由此规定的收款人开具发票义务就自然成为合同义务来源的法律依据,即开具发票是一项源自民事义务来源规范的民事义务。

2. 收款人交付发票属于合同的从给付义务之一

虽然《合同法》仅在买卖合同部分明文规定了从给付义务中包含相关票据(含发票),但是根据合同之债的法学理论,也多认同将此作为合同的从给付义务,是对主给付义务的补充。从给付义务的发生原因有三:一是基于法律的明文规定;二是基于当事人的约定;三是基于诚实信用原则及合同的补充解释。

一般而言,在当事人对于发票开具、给付有明确约定的情况下,裁判中较无争议。而对于合同中就发票给付之从给付义务未作明确约定的情形下,裁判实践中就存在分歧。笔者认为,首先依据税法的相关规定,开具发票已经不仅仅是一项行政法义务,也是民事法定义务的一种;其次,如果凭借合同履行的实际情况能够认定先开票后付款是双方实际履行合同义务的方式,那么这种合同的实际履行方式也应视为双方对原合同的补充解释,成为一项变更后的约定义务,一方不履行开票义务既违反了变更后的约定义务,也有违诚实信用的合同法基本原则。

(三)允许付款人以赔偿损失方式进行权利救济与其对发票开具行为民事法律关系属性的否定存在逻辑上的自相矛盾

依据最高法院观点,若当事人提出开具发票的诉讼请求,法院可以适当行使释明权,向其提示可以将诉讼请求变更为赔偿因未开具发票而造成的损失。笔者认为允许付款人以赔偿请求权方式进行权利救济,实际上暗含着对其赔偿损失权赖以存在的基础权利的认可。这种基础权利是什么?所谓赔偿损失请求权必然不属于侵权之诉,而是违约之诉。既然是违约之诉,那么该诉权所凭借的基础权利就是请求收款人交付发票的请求权。所以,既然赋予当事人将因未开具发票而造成损失的求偿权,为何不同时赋予其

要求交付发票的权利？作为付款方，可以先选择要求收款方给付发票，在对方不执行给付发票的裁决后再主张赔偿，也可以选择直接请求损害赔偿。或许最高法院在提出当初的观点时候考虑到了开票行为的强制执行在操作方面的实际困难，故想出此折衷之法，不过其实同时赋予付款方开具发票交付请求权和赔偿给付请求权，使其择其便行之，既无损任何法理亦不失灵活。

综上，笔者认为发票开具不仅涉及行政法律关系，在经营活动中也是收款方的一项法定的民事附给付义务，具备民事法律关系属性，这种观点也在更多地为审判实践所接受，部分地方法院对开具发票诉请的具体处理方式颇值得大家借鉴[①]。考虑到司法审判实践的差异，各位律师在案件代理过程中可以通过“请求法院判决某某开具某某元的发票或赔偿某某元损失”的诉请主张获取发票相关的权利，而法院也完全可以采取“某某于本判决生效之日起十日内开具给某某金额为某某元的发票，如某某不能开具，则应赔偿某某经济损失某某元”的判决方式，既尊重了法律理论的内在逻辑统一，也兼顾现实的履行（执行）难题。

① 参见：杭州力达弹簧厂诉上海夏莉汽配商行买卖合同纠纷(2005)沪二中民四（商）终字第164号、上海燕新建筑装饰有限公司和富士（中国）装饰工程有限公司其他建设工程合同纠纷(2005)沪二中民二（民）终字第2187号。

施工企业如何控制内部承包制度所带来的法律风险

——对乙公司诉甲公司买卖合同纠纷案的思考

陈姣娣　汪占魁*

案情简介

原告:乙公司(下称"原告"或"乙公司")

被告:甲公司(下称"被告"或"甲公司")

2005 年 4 月,施工单位甲公司与建设单位某房产公司签订《建设工程施工承包合同》一份,约定由甲公司承接该房地产公司开发建设的某地块排屋工程。同月,甲公司与许某签订《承包合同》,约定由许某作为项目承包人具体负责涉案工程的施工,承担施工方的全部义务和责任,包括全部经济责任,甲公司向许某提供技术专用章一枚。

2005 年 4 月 2 日,许某委派其雇佣的工程技术负责人涂某,使用甲公司向其提供的技术专用章,以甲公司工程项目部的名义与乙公司签订《钢材配送合作协议》一份,约定由乙公司向涉案项目供应钢材。同时该协议还约定,协议须经双方代表人签名并加盖公章或合同章后生效。2005 年 4 月至 2006 年 11 月,许某陆续向乙公司购买钢材,并通过甲公司向乙公司支付钢材款。因许某未及时向乙公司支付货款,乙公司于 2009 年 4 月向法院提起诉讼,要求甲公司向其支付钢材货款 3161544.99 元,支付违约金 1391080 元。乙公司为证明其主张,向法院提交了有许某签字的《甲公司收乙公司钢材明细表》、结算单等证据材料。甲公司辩称,《钢材配送合作协议》没有成立生效,对甲公司不具有法律效力,乙公司事实上是和许某形成买卖关系,甲公司不应对许某的行为后果承担法律责任。甲公司为证明其主张向法院提交了钢材送货单、银行付款凭证等证据材料。

---

* 陈姣娣,女,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。
汪占魁,男,浙江腾飞金鹰律师事务所律师助理。

争议焦点

焦点一:《钢材配送合作协议》是否依法成立生效,是否对原被告双方具有法律效力?

在庭审中,原告主张:根据《钢材配送合作协议》,原告与被告形成买卖关系,虽然该协议没有按约定的生效要件签字盖章,但事实上双方已按该协议履行。根据《合同法》有关事实合同的规定,该协议已成立生效。

被告主张:根据《合同法》相关规定及合同约定,《钢材配送合作协议》没有成立、没有生效,对原被告双方不具有法律效力。理由有三点:

第一,根据《合同法》第四十五条规定:"当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同,自条件成就时生效。"《钢材配送合作协议》明确约定了合同生效条件:合同须经双方代表人签名并加盖公章或合同章后生效。如原告认为买方是被告甲公司的,则应要求买方以甲公司名义订立合同并加盖甲公司公章或合同章,但该协议加盖的是专门处理施工技术问题的技术专用章;且在代表人签字处签字的是涂某,其身份仅是涉案工程技术负责人,并不是甲公司的法定代表人,涂某也未取得甲公司的授权。因此,该协议并不具备协议本身约定的成立生效条件。

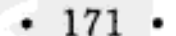
第二,《钢材配送合作协议》的签订不存在表见代理的情形,原告不能据此主张该协议成立生效。《合同法》第四十九条规定:"行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。"本案原告没能举证证明,在该协议签订时,签约人实施了有理由使原告相信签约人有原告代理权的行为。因此,原告也不能根据表见代理主张该协议对被告产生法律效力。

第三,《钢材配送合作协议》并没有被原被告双方实际履行,原告无法根据事实履行主张该协议成立生效。即使原告与被告之间形成了事实买卖关系,也不是在履行该协议,而是履行送货单上的内容,原被告双方买卖关系是根据送货单来确定的,因此原告只能根据送货单来主张权利。

焦点二:被告是否要对许某的行为后果承担法律责任?

在庭审中,原告主张:许某是甲公司涉案项目的项目负责人,许某签字认可结算单等都是以甲公司名义进行的,许某以甲公司工作人员签字认可的结算单应由甲公司承担责任。

被告主张:被告自认许某为涉案项目的项目承包人,但并非被告单位的工作人员,许某与被告之间是独立的法律关系,被告不具有对许某行为承担



法律责任的依据。同时,许某与被告之间也不存在代理关系,被告既没有授权许某与原告签订合同,也没有授权许某与原告进行结算。且从常理上讲,许某为涉案项目的项目承包人,被告为控制风险,不可能授权项目承包人对外进行结算。因此,许某签字认可的结算单不能作为原告与被告之间的结算依据。如法院最终判被告承担责任,应以送货单与付款凭证来认定实际供货数量和付款金额。

焦点三:原告主张的违约金是否有依据?

在庭审中,原告主张:根据《钢材配送合作协议》,逾期付款的应按每日万分之五支付违约金;双方于每月 26 日进行结算,甲公司于 2006 年 11 月 26 日起未再与乙公司进行结算并支付货款,应从 2006 年 12 月 1 日起计算违约金。

被告主张:《钢材配送合作协议》没有成立生效,不能作为原告主张违约金的依据,原告只能主张同期银行贷款利息。即使最终认定该协议成立生效,根据《合同法解释二》,原告主张的每日万分之五的违约金,属于"过分高于造成的损失"的情形,应予减少。且协议约定的"每月 26 日结算"中"结算"的概念不是原告所主张的每月付款期限的概念,而是协议双方对当月钢材供货情况的结算。因此,根据《合同法》规定,在协议没有明确约定具体付款期限的情况下,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间。而原告在起诉前,从未向被告提出付款要求或进行催告,不能判定被告已逾期付款。无论原告主张被告承担违约金还是利息,以 2006 年 12 月 1 日作为计算起点没有依据。因此,原告最多只能主张从本案起诉之日即 2009 年 5 月 8 日起的同期银行贷款利息。

审理调解

原被告双方在法院的组织下,达成调解协议。原告最终放弃了全部违约金的主张,被告向原告支付货款 3161544.99 元和利息 21870 元,原告放弃其他诉讼请求。

经典评析

本案从表面上看,仅是一桩普通的买卖合同纠纷,但深究其背后原因,本案其实是由一个在建筑施工领域常见问题引发的。在建筑行业中,项目承包人以与施工单位签订内部承包协议的形式(大多数的内部承包名为内部承包实为挂靠,存在的风险与挂靠类似,但挂靠为法律明文禁止,下文统一将挂靠考虑为通过合法的内部承包形式进行,不再对挂靠的合法性作单

独说明),以施工单位名义承接工程,是一个普遍存在的现象。

一、施工企业实行内部承包(挂靠)制度究竟有多大风险

目前,在工程项目建设过程中,由于层层转包、垫资和拖欠工程款等问题的存在,导致项目承包人资金匮乏,项目承包人只有通过以项目部名义或者直接以项目承包人自己的名义不断对外拖欠材料款、人员工资等方式留存资金,维持工程建设,因此产生了大量的纠纷。2008年底一场波及全球的金融风暴又将这个问题成倍地扩大,项目承包人囊中羞涩,各方矛头纷纷转向施工企业:材料商催款不成,便将施工企业告上法庭;民工讨薪不成,或聚众闹事或上访起诉;业主也因工程质量等问题向施工单位进行索赔。往往一个工程做下来,要产生十几起甚至二十几起诉讼案件。笔者就曾见过,一家施工企业因两个挂靠项目中引发的纠纷,几乎将企业击垮,最后公司负责人也被"罢免"。施工企业实行内部承包(挂靠)制度面临着极大的法律风险主要有:

1. 项目承包人和材料供应商有关工程材料采购合同的履行风险

本案就是因项目承包人拖欠材料供应商的货款产生的纠纷,这是施工企业面临的主要风险之一。这类案件中,一般都是以项目承包人或者项目部名义与材料供应商签订合同,而合同上加盖的通常也仅是施工企业某项目部的技术专用章等非用于签订合同的印章,材料以及货款的结算也都是由项目承包人直接和材料供应商进行的,这些合同的签订和履行过程均由项目承包人实施。理论上来说,根据合同相对性原理,采购合同只在买卖双方产生权利义务关系,与合同外第三人无关。但是,在司法实践中,如有证据证明材料供应商提供的建筑材料的确是用于该工程建设的,或者有证据证明项目承包人的行为系表见代理或职务行为的,一般都会判决由施工企业承担相应的付款责任,并不是说,施工单位不参与签订合同就可以不承担责任了。

另外,还有些施工企业除收取固定数额的管理费外,完全不实施监管,导致项目承包人处于纯粹脱管的状态,这样很可能会产生项目承包人与材料供应商恶意串通损害施工企业利益的情形。尽管法院对此类情况特别注意,会进行严谨仔细的审查,但也无法将所有情形全部排除,不实施监管最终吃亏的还是施工企业。

2. 项目承包人拖欠施工人员工资不办理保险带来的风险

在施工过程中,项目承包人往往会招聘大量的施工人员。虽然项目承

包人与施工单位可能会在内部承包协议中明确约定:施工人员的工资以及一切工伤事故均由项目承包人承担。但是,施工人员大多是民工,除少部分会签订劳动合同外,更多的情况是项目承包人与民工之间根本不会签任何合同,民工只知道自己在这个工地上班,是谁招聘他来上班的他都不认识,一旦拿不到工资,就只有找登记备案的工程承包人也就是施工单位讨要薪水,到头来还是由施工单位承担责任。而且,民工过激的讨薪行为不仅会影响施工单位的正常生产经营,还会严重损害企业的社会形象,施工单位在承担了法律风险的同时,还要附加承担社会责任风险。

3. 工程质量安全风险

在实践中,项目承包人多为个人,通常不具备足够的资金实力和机械设备。在施工过程中,不按施工规范进行施工操作,工程质量控制不严是正常现象。这样一来,就往往会出现工程质量问题。一旦工程经验收不合格,施工单位不但丧失了向建设单位主张支付工程款的法律依据,还要退回已付工程款并承担违约责任或赔偿责任。而且,在竣工验收后,也同样存在工程保修问题。有时,甚至施工单位所收取的管理费可能远远不足以弥补所要承担的损失赔偿责任。

二、施工企业如何控制实行内部承包(挂靠)制度带来的风险

对施工企业来说,既然无法完全排除内部承包(挂靠)制度带来的风险,那只能给予足够的重视,规范管理,主动防范,尽可能地去控制风险。施工单位若想最大程度地避免内部承包(挂靠)带来的风险,就应加强对项目的管理,而不是"一脚踢";诸多事实证明,"一脚踢"的挂靠方式是施工企业发展的巨大隐患,其给施工企业造成的损失和影响可能是毁灭性的。如何加强管理,针对上述提到的几点,笔者认为可以通过以下几种方式来进行防范:

1. 重视施工过程中各类合同的签订和履行

(1)施工单位主材如钢筋、水泥、商品砼等采购合同和钢管租赁合同必须以企业名义签订。这点可在企业与项目承包人之间签订的内部承包合同中予以明确,同时明确只有企业签订的合同才能作为对外付款的依据。在签订合同前,必须进行合同审查,审查应由公司法务部门或者委托专业律师进行,最大限度地减轻经营风险。

(2)如需支付材料款或租赁费时,应以项目承包人向施工单位报告申请付款的方式进行。报告应当附上对应款项的送货单、领料单等凭证,施工单



位应对单据真实性进行审查核实。另在开具支票时，必须明确填写收款人即采购或租赁合同的相对方，以防止项目承包人以申请材料款为名骗取工程款。

(3)施工单位应在现场派驻专业人员进行管理、监督，严格工程材料的进场验收和出场审查，防止项目承包人将不合格材料用于施工建设或者将现场材料偷运出场。

2. 积极介入施工人员工资发放和劳动保障

(1)施工单位应要求项目承包人与其招聘的施工人员签订劳动合同，将其雇佣的施工人员情况进行登记造册并提交给施工单位，每月由项目承包人将应发工资清单提交给施工单位进行审核，由施工单位直接将工资打到施工人员的工资卡上，以防止项目承包人克扣人员工资。

(2)施工单位应将施工人员的保险费用直接在工程款中扣除并予以支付，防止项目承包人因未替施工人员购买工伤保险而给施工单位带来风险。

3. 严格控制工程质量

(1)所有工程款、材料款都必须由建设单位支付给施工单位，而不能直接支付给项目承包人。因为工程款如何结算取决于工程是否按时完成、是否质量合格，工期、质量两者都要保证。项目承包人为了获得预期收益，便会采取各种办法使建设工程保质保量按时竣工。

(2)施工单位应在现场派驻专业人员进行管理、监督。在施工过程中，要求项目承包人严格按照工程施工规范组织施工，随时对施工情况进行检查，发现工程质量问题应及时处理。

(3)在签订内部承包合同时，应对工程保修问题予以明确，约定在支付给项目承包人的工程款中预留一部分作为工程保修金。保修金的数额和预留期限，应与建设单位与施工单位签订的建设工程施工合同中保修书内容保持一致。

以往是挂靠——如今是内部承包，这种现象在中国建筑市场一直存在，并将会长期存在下去。控制内部承包带来的法律风险必须多方面综合进行，施工企业必须变被动为主动，从完善施工企业的制度着手，结合法律知识、财务知识对项目承包人进行监督、管理，这样才能防患于未然，真正起到控制法律风险的目的。

预售商品房抵押的性质及法律效果

——某商品房买卖断供案评述

邱　坤　朱景雄*

案情简介

2007年，某开发公司与买受人签订《商品房买卖合同》一份，约定买受人向开发公司购买商品房一套。同日，某银行与买受人、开发公司签订《个人购房担保借款合同》一份，约定买受人向银行借款1100000元用于购房；借款期限36个月；买受人以所购房屋为借款本息、罚息及其他相关费用提供抵押担保，开发公司为该合同项下的借款本金、利息及相关费用提供阶段性连带责任保证担保，保证期间为借款人的债务履行期届满之日起两年，但自借款人办妥合同项下抵押担保的抵押登记手续并且借款人已收到其为第一顺序抵押权人的他项权证正本之日起，保证人的保证责任自动解除，但对于在该日之前已经到期的借款人债务，以及该日之前发生保证人或/及借款人的违约而引起的合同项下债务，保证人仍应承担保证责任和相应的违约责任，保证人放弃要求债权人先实现物的担保的权利；借款人未按合同约定按时足额偿还贷款本息和相关费用，贷款人可以宣布合同项下的贷款本息立即部分或全部提前到期。

2007年10月，银行将款项发放给买受人。2007年11月，房产管理局就房屋进行预售商品房抵押登记，并颁发预售商品房抵押登记备案证明。

买受人按约还款数期后，自2008年起连续逾期还款，银行因此向买受人及开发公司发出贷款提前到期通知，要求立即偿还全部贷款本息，后买受人仍未还款。2008年10月，银行以买受人及开发公司为被告向人民法院提起诉讼，主要请求：第一，判令买受人归还借款本金，支付利息、罚息；第

* 邱坤，女，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

朱景雄，男，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

二，判令银行对房屋有优先受偿权；第三，判令开发公司对买受人的上述付款义务承担连带还款责任。

2009 年 6 月，人民法院作出一审判决，支持银行第一、三项请求，驳回其他诉请。2009 年 7 月，开发公司提起上诉，请求改判银行对抵押物房屋有优先受偿权。2009 年 11 月，二审法院作出终审判决，改判银行对房屋有优先受偿权。

争议焦点

本案的主要争议焦点为预售商品房是否可以抵押，预售商品房抵押登记的性质及法律效果。

审理判决

一审法院认为，因开发公司尚未向买受人交付房屋，亦未就该房产办理产权证，就该房产的抵押只是办理了预登记，故银行主张行使抵押权，要求就该房产优先受偿的诉讼请求，事实及法律依据不足，不予支持。

一审判决后，开发公司提起上诉，请求改判银行对抵押物房屋有优先受偿权。二审法院经审理认为，《中华人民共和国物权法》第二十条第一款规定："当事人签订房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的司法解释》第四十七条规定："以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押生效。"上述法律规定表明，正在建造的房屋即预售房屋可以作为抵押物，且以预售房屋抵押的，只要办理了预告登记，该抵押即为有效抵押，并依法享有优先受偿权。具有对抗第三人的物权效力。未经抵押权人同意，任意第三人不能取得预售抵押房屋的所有权。本案所涉预售房屋已经办理了预售商品房抵押登记，为有效抵押，银行依法享有优先受偿权。

经典评析

一、预售商品房是否可以抵押

实践中，预售商品房抵押贷款在我国的房地产市场中早已大量存在，允许将预售商品房作为抵押标的物，符合现代商品经济发展潮流，并很好地缓

解房地产市场资金紧张的现状,买受人只需付出少量的首付款,即可购买房屋。开发企业因提前将商品房售出而获得了资金流转加快的效益,银行也可以在降低风险的前提下提供贷款,获取贷款收益,商品房买卖的三方主体均可以获得各自的利益。因此,预售商品房抵押制度对于我国房地产市场的发展功不可没。但预售商品房抵押既关系到抵押人(买受人)与抵押权人(银行)之间的关系,也关系到预售(开发企业人)与抵押人以及抵押权人之间关系问题,同时还涉及行政主管部门对预售商品房抵押登记问题,涉及物权、债权等民事法律问题和抵押登记等行政法律问题,这些问题无论在理论界还是司法实务界,均存在一定争议。

在目前的《物权法》、《担保法》及《城市房地产管理法》中并没有明确规定预售商品房可以作为抵押的标的物,但是,也没有关于预售商品房作为抵押标的物的禁止性规定。虽然在法律层面上没有相关规定,但在行政规章和一些省市制定的地方性法规中相继作出了允许将预售商品房作为抵押权标的物的规定。如建设部《城市房地产抵押管理办法》第三条规定,"本办法所称预售商品房贷款抵押,是指购房人在支付首期规定的房价款后,由贷款银行代其支付其余的购房款,将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。"在《福建省抵押贷款条例》、《武汉市房地产抵押管理办法》、《广州市房地产抵押管理办法》中亦有相关规定。

同时,最高人民法院《关于担保法若干问题的解释》第 47 条规定:"以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效。"因此,上述法规、司法解释实际上确认了预售商品房被拟制具有所有权形态的有形物,赋予其独立财产地位,并进而承认其可以作为抵押标的物。

二、预售商品房抵押登记的性质

本案中,买受人与银行签订《个人购房担保借款合同》后,办理了预售商品房抵押登记。最高人民法院《关于担保法若干问题的解释》第 47 条规定:"以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效。"因此,预售商品房抵押登记后,在该预售商品房上成立的抵押法律关系已合法成立。

在建设部颁布《房屋登记办法》之前,对于预售商品房抵押登记的性质一直没有明确。2008 年 7 月 1 日《房屋登记办法》正式施行,其中第六十七条规定:有下列情形之一的,当事人可以申请预告登记:……(二)以预售商

品房设定抵押;……根据上述规定,预售商品房抵押登记的性质以部门规章的形式确定为预告登记。

三、预售商品房抵押登记的法律效果

关于预售商品房抵押登记的法律效果,根据《物权法》第二十条第一款:"当事人签订房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。"因此,从物权登记的公示力和对抗力的角度看,一旦当事人之间就不动产抵押向政府登记主管部门进行登记,该抵押登记就具有对抗第三人的公示力和对抗力,体现出国家对双方当事人之间的民事法律关系进行保护,对整个社会的交易安全进行维护。就本案来看,预售商品房进行了抵押登记,至少可以产生以下法律效果:一方面,开发企业与买受人之间的预售商品房(即开发企业在建或已建房屋)是可以进行抵押的;另一方面,银行对该预售房屋享有的抵押权利受到国家行政权力的认可和保护。

从抵押权行使的角度来看,预售商品房抵押具有为日后建成房屋抵押进行预告登记的效力,以提前明确抵押当事人及相关权利、义务。但是,抵押权人就抵押物是否享有优先受偿的权利在司法实践中存在争议。

有观点认为,如果房屋尚未建成,预售商品房抵押的抵押权因抵押物不存在而尚未产生,此时预告登记的目的在于保全抵押权人的债权及其顺位而不存在保护其优先受偿权。另有观点认为,即使房屋建成并交付,只要尚未将房屋产权证办至买受人名下,根据《物权法》的规定,不动产物权的设立、变更等行为以登记为生效要件,由于房屋未办理转移登记,房屋的物权尚属于开发企业。因此,由预售房屋的抵押权人对抵押物享有优先受偿权亦依据不足。

笔者认为,房屋即使未建成,但其在现行法律和司法实践中,经过预告登记,该房屋已被拟制成有财产价值的有体物,具有物权的性质和效力,可以进行销售也具备转让价值,抵押权人可以转让预售合同权益的方式获得债权实现的保障,即以转让期房的形式处分预售合同权益,以所得价款优先清偿贷款。

如果房屋已建成并交付,尚未将房屋产权证办至买受人名下,此时,房屋已建成,预售商品房抵押登记中确定的抵押标的物已物化,其已具备《担保法》所确定的财产权抵押形式。由于买受人根据购房合同享有的预售房

屋的债权转换为实际存在的财产权，即使在房屋的产权证明尚未办理至买受人名下，但买受人根据购房合同所享有的获得房屋所有权并办理所有权证明的权利是确定的、具体的，买受人进行房屋所有权登记已不具备法律上的障碍。因此在房屋已建成并交付后，抵押权人对抵押物享有优先受偿的权利更无争议。

由于本案中预售商品房已进行抵押登记，该抵押合法并已生效。根据《物权法》《担保法》的相关规定，在债务人不履行到期债务时，抵押权人依法享有就担保财产优先受偿的权利。同时，在银行、买受人、开发公司签订的《个人购房担保借款合同》中，三方当事人也约定，“借款合同项下的债务履行期届满(包括提前到期的)抵押权人未受清偿时，可与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖抵押物所得的价款受偿。”

虽然本案中房屋尚未交付给买受人，也未办出以买受人为权利人的房屋产权证，但本案预售商品房抵押依法成立，银行依法取得房屋抵押权。此种情况下，在债务人不履行到期债务时，银行有权就该房产优先受偿。



公司与证券篇





公司被吊销营业执照后继续开展经营活动的法律后果承担

——雪松公司与吴某某买卖合同纠纷案评析

虞军红　张　樱*

案情简介

原告:某市雪松饲料有限公司(以下简称雪松公司)

被告:吴某某

雪松公司与某养殖场之间有饲料玉米的买卖业务往来,桐庐养殖场一直由吴某某负责经营。至2007年3月7日,吴某某出具欠条载明尚欠雪松公司225500元,此后吴某某通过个人银行账户支付了100000元,但余款125500元一直没有支付。为此,雪松公司诉至某基层人民法院,要求吴某某支付货款125500元。

吴某某辩称其是某养殖场负责人,负责与原告的业务往来,该笔欠款应向养殖场追讨,向其个人追讨没有依据。并提供了证据:1. 工商登记材料;2. 原告与养殖场签订的2000—2005年的供货合同两份;3. 欠款对账单三份;4. 2005年的送货单22份。

一审法院认为:吴某某以个人名义出具欠条的行为,可以表明是其个人所欠,也可以是代表公司所出具。而吴某某提供的证据能够证明雪松公司与某养殖场之间存在买卖合同关系,吴某某又是养殖场的负责人,吴某某在合同签订及履行过程中存在代表养殖场与原告签订合同并进行结算的职务行为,故可认定其出具欠条的行为是代表养殖场所为。因此一审法院认为,吴某某出具欠条的行为是养殖场的真实意思表示,表明养殖场承认尚欠原告货款。吴某某的行为属于职务行为,该欠款的偿还责任应由养殖场承担。

* 虞军红,男,毕业于北京大学,浙江大学法律硕士,专业从事外贸、国际投资、建筑、公司业务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

张樱,女,毕业于浙江大学,专业从事外贸、民商业务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。



一审判决驳回雪松公司的诉讼请求。

雪松公司不服判决向二审法院提出上诉,认为某养殖场的上级单位某物产食品有限公司已经于2002年10月8日被吊销营业执照,并且于2005年8月27日注销。养殖场于2005年10月8日被吊销营业执照,已经不能开展任何经营活动。而雪松公司主张的货款系发生在2005年12月31日以后。吴某某的欠条并非以企业名义出具,而是以其个人名义出具的。要求二审法院撤销一审判决,依法支持雪松公司的一审诉讼请求。

吴某某辩称:虽然养殖场被吊销营业执照,但其公章及其他经营手续还在企业,客观上企业还在开展经营活动。同时由于养殖场之前和雪松公司之间有业务关系,而其是养殖场的负责人,因此出具的欠条是职务行为。

在二审中,雪松公司和吴某某又分别提交了部分证据,其中吴某某出具了一份养殖场和雪松公司于2006年12月18日签署的供货合同。

争议焦点

本案案情简单,双方争议的唯一焦点就是公司(分公司)被吊销营业执照后,实际经营人(负责人)仍然以企业名义对外开展经营活动,认定为公司(分公司)行为还是认定为个人行为,行为的法律后果由公司(分公司)承担还是由实际经营的自然人承担?

审理判决

二审法院对双方在二审中提交的证据认定中,指出养殖场和雪松公司于2006年12月18日签署的供货合同,由于养殖场已经在2005年10月8日被吊销营业执照,据此对合同的证据效力不予认定。

根据查明的事实,二审法院认为:某养殖场于2005年10月8日已被工商部门吊销营业执照,应当停止经营活动。且在2007年3月7日吴某某向雪松公司出具的欠条中,吴某某并未明确玉米款系养殖场所欠,故对于吴某某所作其出具欠条的行为系代表养殖场的职务行为抗辩意见不能成立。二审法院判决:撤销一审判决,吴某某支付给雪松公司货款人民币125500元。

经典评析

近年来,公司内吊销营业执照后仍然继续在开展经营活动的事情层出不穷,而被吊销营业执照的公司往往已经没有多少实际可供执行的资产。因此,利用被吊销营业执照的公司开展经营活动进而达到逃废债务的目的的情况也就越来越多。目前从我国法律或者法规规定的层面,对于这个问

题还是空白。这个案例是确定了分公司在被吊销营业执照后，其负责人继续开展经营活动行为认定的基本原则，应该说充分发挥了法官的主观能动性。在法律没有明确规定的情况下，该案例的判决结果既不与法律的规定相矛盾或者冲突，又能够维护当事人的合法权益，保障当事人的合法利益，做到法律和现实的完美结合。

就本案的争议焦点问题，结合我国现有法律、法规的规定以及本案的一、二审判决，作出如下分析：

一、现有法律规定

1. 按照我国现有法律规定，公司被吊销营业执照后，只能从事与清算有关的活动，企业停止清算范围外的一切活动。《公司法》第 195 条规定"清算期间，公司不得开展新的经营活动"，上述规定对被吊销公司行为的范围作了规定。在清算中，凡是从事新的经营活动或向部分债权人履行、放弃部分债权等行为都是无效行为。

但是现有法律并没有规定，如果公司在被吊销营业执照后仍然以公司的名义开展经营活动，其行为的后果由公司承担还是由实施人承担。

2. 根据我国《民法通则》第 40 条、第 46 条和《企业法人登记管理条例》第 20 条、第 33 条的规定，企业法人被吊销营业执照后，应当由企业上级主管部门或者企业自行组织清算组依法进行清算，清算程序结束并办理了注销登记后，企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至其清算程序结束被工商机关注销前，该企业法人仍视为存续，其仍可以自己名义起诉、应诉。最高人民法院法经(2000)23、24 号函也肯定了这一点。

从上述规定得出的明确结论是，公司的民事主体依然存在，其经营资格已经归于消灭。

3. 正是由于上述规定中没有进一步说明公司被吊销营业执照后开展经营活动的法律后果，又明确了公司的民事主体依然存在，就导致在吊销后企业从事经营活动的法律后果承担的一些错误理解和认识。即这种情况下仍然应当由公司承担责任。

二、公司被吊销营业执照后，继续开展经营活动的，应当由实际经营的自然人承担由此产生的法律后果

1. 公司被吊销营业执照后，继续开展经营活动的，由于该公司已经不具备经营资格，相当于自然人不具备民事行为能力的。自然人不具有民事

行为能力的,应当由监护人承担责任,同样公司不具有民事行为能力的,应当由实施人承担责任。

2. 由于被吊销执照的企业基本上属于经营不善,资金状况糟糕,没有承担责任的能力,因此实际经营人借用此类企业名义开展经营活动,如果仅需要企业承担责任,则极大地扩大了权利人的风险,也违背了我国法律规定的公平的原则,使得逃避债务成为一种没有成本且法律无法约束的行为。因此,从这个角度来说应当由实际经营人承担责任。

3. 现有的公司法解释也初步呈现这方面的趋向。最高人民法院公司法解释二中的许多规定,都是加强对公司逃避债务的监管,同时也对公司实际控制人或者股东提出了更高的要求。比如强制清算,未进入清算程序导致资产减少应当由股东承担责任等内容。而被吊销营业执照后继续经营的行为,其实质就是损害公司资产的行为。



侵犯股东分红权的股东会决议被认定为无效

——朱某诉杭州某投资管理公司股东会决议效力纠纷一案评析

金伟文*

案情简介

朱某系某投资管理有限公司(以下简称投资管理公司)的股东,持有5.63%股权。投资管理公司共有股东十三人。2008年9月9日,投资管理公司召开2008年第三次股东会议,审议有关《杭州某投资管理公司单项激励制度》(以下简称单项激励制度)。单项激励制度决定,将在保证投资管理公司股东当年现金红利分配率不低于10%的前提下,在投资管理公司每年的净利润中提取不超过100万元作为激励基金的额度,对在投资管理公司直接或间接投资的企业工作的干部(单项激励制度表述为在职干部),按照所担任的职务确定分配系数,对每位在职干部进行奖励。这些在职干部包括除朱某之外的所有投资管理公司的其他十二名股东。因朱某没有在投资管理公司直接或间接投资的企业中担任任何职务,因此,朱某不可能获得单项激励制度中所规定的从净利润中提取的奖励。对于该严重侵犯股东分红权利的单项激励制度,朱某在股东会议上明确表示反对。但是,投资管理公司在没有朱某签字同意的情况下,以占到会全部表决权94.37%股东的赞成(朱某除外),作出了通过单项激励制度的股东会决议。

2008年11月5日,朱某向一审法院提起诉讼,认为根据《公司法》的有关规定,股东按照实缴的出资比例分取红利,但是全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。据此,朱某拥有按照5.63%出资比例分取投资管理公司红利的权利。投资管理公司在没有经全体股东一致同意的前提下,作出了通过涉及股东分红权益的单项激励制度的股东会决议,违反了我国法

* 金伟文,女,中国政法大学法学学士,主要从事公司法律事务、合同法律事务以及房地产法律事务等民商事领域的诉讼与非诉讼法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

律的规定,严重侵犯了朱某的股东红利分配权,请求法院判令确认投资管理公司 2008 年第三次股东会关于通过单项激励制度的股东会决议无效。

争议焦点

本案的争议焦点是:

通过单项激励制度的股东会决议的内容是否违反了法律、法规的规定而应被认定为无效。

朱某的主要观点:

一、单项激励制度所确定的激励基金是从公司的净利润中提取,且是分配给那些在投资管理公司直接或间接投资的公司任职的股东,朱某将不能按照出资比例分取应得的红利,而那十二位作为在职干部的股东将因此获得比朱某更多的红利,这必将导致"同股不同利"的结果发生。

二、激励基金的提取依法应从企业的成本中开支,而不能从企业的净利润中提取。但投资管理公司所谓的激励基金却是从公司的净利润中提取的。因此,本案所涉的单项激励制度,并不是真正意义上的为激励公司管理团队的内部激励制度,而是一个"同股不同利"的股东红利分配方案。

三、要通过实质上是"同股不同利"红利分配方案的单项激励制度的股东会决议,依法应当经全体股东的同意。投资管理公司 2008 年第三次股东会在没有经全体股东一致同意的前提下,作出了通过涉及股东分红权益的单项激励制度的股东会决议,违反了《公司法》第三十五条的规定,依法应认定为无效。

投资管理公司的主要观点:

一、根据生产经营发展的需要,制定和颁布相应的激励制度是公司运行所必需的自主权限。

二、公司红利分配方案是对剩余的税后利润所进行的分配,分配的对象是全体股东,而激励制度中所涉及的激励基金是在利润中提取即对利润的减少,分配对象是在职干部,两者有着根本的区别,所以不受全体股东同意的约束。股东会决议的通过符合公司法规定和投资管理公司章程的约定。

三、提取激励基金减少的红利也是全体股东共有的,影响的是全体股东的红利分配,不存在只侵犯非在职股东的红利分配权。认为本案属于公司内部对中高层管理人员的单项激励制度,提取激励基金是董事会的职权,不需要全体股东达成合意,所以根本不存在因朱某不同意该单项激励制度就不符合法律规定的问题。

审理判决

一审法院认为,《公司法》第一百六十七条规定:"……公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配……";第三十五条规定:"股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本的时候,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。"根据以上法律规定,可以认定公司税后利润的分配顺序为:(1)弥补公司以前年度亏损。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,在依照规定提取法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。(2)提取法定公积金。公司分配当年税后利润时,应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的,可以不再提取。(3)经股东大会决议提取任意公积金。公司从税后利润中提取法定公积金后,经股东会或者股东大会决议,还可以从税后利润中提取任意公积金。(4)支付股利。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配,即由股东按照实缴的出资比例分取红利。

简而言之,就是公司在弥补亏损和提取公积金后所余税后利润就是可供股东分配的税后利润。当该部分税后利润以货币或非货币形式分配给股东后,就成为股东所获取的红利。当然,公司也可以根据自身发展所需,保留部分税后利润作为未分配利润,暂不向股东分配。而根据本案激励基金提取的方式,可以认定,该单项激励制度实质上是将应属于股东依出资比例参与分配的一部分税后利润分配给了在职干部,这必将导致股东可分配利润的减少,继而侵犯了非在职干部股东的红利分配权。《公司法》第三十五条规定,有限责任公司的股东有权按照实缴的出资比例分取红利,同时也允许股东通过自主合意的方式来决定红利的分配,但必须经全体股东约定。因朱某已于 2008 年初从投资管理公司离职,故朱某虽是公司股东,但非在职干部,明显不属于激励对象,不同意该单项激励制度,故而未在股东会决议上签字,即全体股东并未就此达成合意。因此,该激励基金的提取方式不符合法律规定。

朱某基于股东身份,享有资产收益的权利,有权按照实缴的出资比例分取红利,也有权与其他股东享有同等的待遇。而该单项激励制度将属于股东可分配利润的一部分,未经朱某同意而分配给在投资管理公司直接或者

间接投资的企业中任在职干部的那些股东，导致公司股东之间产生“同股不同利”现象，违反了法律规定，故投资管理公司作出的通过单项激励制度的股东会决议应属无效。另外，本案讼争的焦点是股东会决议内容是否违法，投资管理公司提供的公司章程关于股东会的表决程序的规定并不适用本案。公司章程作为公司“小宪法”，其有权对公司重大经营管理事项的表决方式作出规定，但本案所涉的股东权并不属于公司的经营管理事项，故有关股东权利的股东会决议并不受投资管理公司章程所规定的表决方式约束。一审判决确认投资管理公司 2008 年第三次股东会关于通过单项激励制度的股东会决议无效。

二审法院经审理认为，公司行使经营自主权的行为应受到法律的约束。本案所涉投资管理公司制定的单项激励制度是否有效，关键在于判断该激励基金的提取方式是否符合法律规定。根据其决议内容的表述，该激励制度的激励对象是在投资管理公司直接或间接投资的企业工作的在职干部。根据投资管理公司在一审庭审中的确认，在制定该制度时，股东朱某系已离职属非在职干部。再根据激励基金的提取方式和额度来看，是“在保证股东的当年现金红利分配率不低于 10%的前提下，公司在每年的净利润中提取不超过 100 万元作为激励基金的额度”，虽然投资管理公司在审理中认为“从净利润中提取激励基金”所表达的意思是只有创造了净利润才可以提取激励基金，并认为根据会计制度公司也只能在成本费用中列支激励基金。对此，二审法院认为，从决议内容的文字表述看，激励基金是从净利润中提取，这就说明该提取方式是违反会计制度的，投资管理公司不能因为根据会计制度规定激励基金只能从成本费用中列支，反过来主张在今后的激励制度的实施中从净利润中提取激励基金也是从成本费用中列支，这是自相矛盾的。根据《中华人民共和国公司法》第一百六十七条规定：“……公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配……”；而第三十五条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外”。也就是说，可供股东分配的税后利润是公司在弥补亏损和提取公积金后所余税后利润。如果该项决议内容得以实施，即在净利润中提取激励基金，无疑将影响到股东的红利分配之减少，但股东按照实缴的出资比例分取红利是股东的权利，也即非经全体股东一致同意，不得变更《中华人民共和国公司法》第三十五条规定的利润分配方式。本案中，因朱某对该单项激励

制度不予同意而未在股东会决议上签字，应认为全体股东并未就此达成合意，原审法院认定该激励基金的提取方式不符合法律规定并无不当。投资管理公司的上诉理由不能成立。二审法院作出了维持原判的终审判决。

经典评析

本案是一起有限责任公司股东根据《公司法》第二十二条、第三十五条以及第一百六十七条的规定，主张侵犯股东分红权的股东会决议因内容违法而无效并得到法院支持的典型案例。

本案主要涉及两个关键问题：一是本案所涉的单项激励制度其实质是真正意义上的公司为激励管理团队而制定的激励制度，还是股东的红利分配方案。二是通过单项激励制度的股东会决议是否属于《公司法》所规定的可以由公司章程规定股东会议事方式和表决程序所可以决定的事项。

首先，本案所涉股东会决议是否应当被判决无效，关键在于对该次股东会以 94.37％的赞成比例就通过了这一股东会决议的实体内容是否违反了法律有关规定的认定。而要认定本案股东会决议的实体内容是否违反了法律的规定，必须确认一个事实，那就是：股东会所决议通过的单项激励制度，其实质是真正意义上的公司为激励管理团队而制定的激励制度，还是股东的红利分配方案。

如果单项激励制度是真正意义上的符合财政部有关规定的公司为激励管理团队而制定，其激励基金的提取是从公司的成本中列支，那么，只需投资管理公司的董事会按照公司章程规定的方式通过即可，无须股东会同意，更无须全体股东一致同意。

但是，本案所涉单项激励制度中所确定激励基金的提取，并不是按照有关规定从公司的成本中列支，而是从净利润中提取。按照《公司法》的有关规定，公司决定分配的净利润只能按照出资比例向股东分配。《公司法》第一百六十七条规定，公司分配当年税后利润时，可以从税后利润中提取法定公积金、任意公积金和弥补亏损。第一百六十七条第 4 款明确规定："公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润(即净利润)，有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配。"根据上述规定，《公司法》并没有赋予有限责任公司从税后利润中提取激励基金的权利。投资管理公司将应当分配给全体股东的利润以提取激励基金的方式分配给部分在职股东，必然造成"同股不同利"的现象。显然，投资管理公司是将一个实质为"同股不同利"的红利分配方案取名为单向激励制度。本案的单项激励制度，并非真正意义上的对

公司内部高级管理人员所制定的激励制度，而是一个“同股不同利”的红利分配方案。根据《公司法》第三十五条的规定，通过这样的单项激励制度，必须经全体股东的一致同意。《公司法》第二十二条第1款规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”投资管理公司在未经朱某同意的情况下作出的通过单项激励制度的股东会决议，违反了《公司法》第三十五条的规定，因而是无效的。

其次，股东基于向公司投入现金资本而成为公司的股东，享有法律所赋予的资产收益权。对于公司在弥补亏损和提取公积金后所余的税后利润，依法享有按照出资比例分取红利的权利，这是股东所拥有的最基本权利。本案所涉的单项激励制度因涉及股东的分红权，因此，通过单项激励制度的股东会决议不属于《公司法》所规定的可以由公司章程规定股东会议事方式和表决程序所可以决定的事项，也不属于投资管理公司《章程》所规定的以多数决表决方式就可以通过的股东会决。

第一，通过单项激励制度的股东会决议不属于《公司法》所规定的可以由公司章程规定股东会议事方式和表决程序所可以决定的事项。

根据《公司法》第三十八条第1款第(六)项和《公司法》第一百六十七条的有关规定，股东会有权审议批准的利润分配方案，是指对于公司的税后利润，公司股东会有权决定如何提取公积金、如何进行分配等事项，包括是否向股东分配利润和向股东分配多少利润等事项，属于《公司法》第四十四条所规定的股东会可以按照资本多数表决议事方式所决定的事项。但是，对于公司股东会决定向股东分配的利润在股东之间如何进行分配事宜，《公司法》第三十五条已经作出了明确的规定，那就是股东依出资比例进行分配。因此，股东之间的红利分配方案不属于《公司法》第三十八条第1款第(六)项所规定的股东会的职权范围，也不属于《公司法》第四十四条第1款所规定的可以由公司章程规定股东会议事方式和表决程序所可以决定的事项。

根据《公司法》的有关规定，对于公司弥补亏损和提取公积金后的所余税后利润的分配方案，可以由公司股东会决定，即股东会可以决定将全部利润分配给股东，也可以根据公司发展的需要，决定只向股东分配一部分利润，而将未分配利润留在公司。也就是说，股东所拥有的税后利润可以留一部分作为未分配利润，暂不予向股东分配，除此之外，则都属于股东的可分配利润。本案中，单项激励制度规定的是从净利润中提取激励基金，显然，提取的激励基金是属于股东可分配利润的一部分。那么，投资管理公司提取了激励基金，股东的可分配利润就将减少。而激励基金的奖励对象并不

包括朱某在内,朱某就不能依出资比例分取可分配的利润。单项激励制度的通过,涉及把朱某依出资比例享有分配权的利润分给别人的问题。根据《公司法》第三十五条的规定,通过这样的激励制度,必须经过朱某的同意。投资管理公司在没有得到朱某同意的情况下作出的通过单项激励制度的股东会决议,违反了《公司法》第三十五条的规定。

第二,通过单项激励制度的股东会决议不属于投资管理公司《章程》所规定的以多数决表决方式就可以通过的股东会决。

股东会作为公司的权力机构,可以依据公司法以及公司章程所规定的表决方式,通过股东会决议的形式,对公司的重大经营管理事项行使决定权。但是,依据股东身份所享有的分红权属于股东的民事权利,并不属于公司的经营管理事项。主张或放弃分红权的权利只属于股东本人,不容公司章程或股东会决议予以剥夺或限制。《民法通则》第五条规定:"公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。"关于通过单项激励制度的股东会决议,涉及的是朱某的分红权问题。根据《公司法》第三十五条的规定,"全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外",因此,对于股东如何按照出资比例分取红利,《公司法》规定的是由股东之间用约定来决定的,而不是公司的章程可以多数决的表决方式来表决通过的。对于不按照出资比例分取红利,《公司法》更是明确规定了必须经"全体股东约定"。如果公司的一切事项都可以按照公司章程的规定,以少数服从多数的方式表决通过,包括股东的分红权也可以由别的股东通过表决的方式来决定,那么,公司的大股东就可以通过任意修改公司章程,操纵公司股东会,以达到限制或剥夺公司小股东利益的不正当目的,甚至可以剥夺小股东所享有的股东分红权,这显然与法律规定相悖。《公司法》第三十五条的规定正是保护了公司小股东的根本利益,维护了小股东最根本的分红权利。

合同部分当事人的解除权探析

——共同组建公司的《出资协议》可否解除之实例分析

朱亚元*

案件当事人

仲裁申请人:A 文化集团和五名自然人

被申请人:蒋某某

案情简介

2003 年,A 文化集团按照国务院和某省文化体制改革的有关规定,实施集团体制改革并制定《A 文化集团广告中心体制改革方案》(以下简称《改制方案》),准备剥离广告中心后组建 B 传媒有限公司(以下简称 B 传媒)。

2003 年 11 月,A 文化集团向某省文化体制改革工作领导小组报送《关于上报〈集团广告中心体制改革方案〉的请示》。2003 年 12 月,某省文化体制改革工作领导小组发文原则同意《改制方案》。2004 年 1 月,本案仲裁申请人、被申请人等七人与 A 文化集团签署《B 传媒有限公司出资协议》(以下简称《出资协议》),设立 B 传媒,并确定 B 传媒股本结构为 A 文化集团出资 325 万元,占总股本的 65%,自然人股由主要经营骨干包括本案仲裁申请人、被申请人等七人出资 175 万元,占总股本的 35%。

2006 年 6 月,被申请人蒋某某自愿离职,离开 B 传媒。2006 年 7 月,蒋某某出资 12 万元与他人共同设立 C 文化传播有限公司(以下简称 C 传播)。

2007 年 11 月,B 传媒 2007 年第一次临时股东会议就蒋某某离职和从事竞业禁止行为讨论后,审议并表决了两项议案:解除《出资协议》、将蒋某某的股权转让给 A 文化集团。A 文化集团和 B 传媒其他六位自然人股东

* 朱亚元,男,浙江六和律师事务所专职律师。

中的五位股东形成股东会决议决定解除与蒋某某签订的《出资协议》，只有一名自然人股东王某某因与蒋某某具有关联关系而在表决时对该议案行使了弃权。同时全体六位自然人股东在该决议中一致同意蒋某某的股权转让给A文化集团的第二项议案，其他股东放弃优先购买权。

会后，A文化集团向蒋某某寄送《关于解除B传媒〈出资协议〉的通知》，通知蒋某某解除与其签订的《出资协议》。2007年12月，蒋某某签收该函件。后A文化集团又向蒋某某寄送《关于办理〈出资协议〉解除后有关手续的通知》，要求蒋某某收到该函后三日内办理《出资协议》解除后涉及的有关手续。

但是蒋某某不同意上述股东会决议，因此拒绝办理相关的手续。

鉴于上述情况，包括A文化集团和王某某之外的全部五名自然人（仲裁申请人）认为，蒋某某离职使其不再具有B传媒"主要经营骨干"的身份，其继续持有股权背离B传媒设置自然人股的初衷和全体股东之间订立和履行《出资协议》"须以股东为经营骨干且在公司实际工作"这一前提条件。因此，申请人依据约定可以解除《出资协议》。

申请人同时认为，蒋某某离职后一个月内即投资设立C传播，C传播和B传媒在经营范围上存在高度重叠，且同属于一个市区，两者存在市场竞争。蒋某某参与设立C传播，属于《出资协议》禁止的竞争经营行为，蒋某某的行为直接导致其他股东签订《出资协议》合同目的落空，也破坏了股东之间的信赖关系，构成根本违约，申请人有权依法解除《出资协议》。

为此，申请人根据《出资协议》约定的仲裁条款，向某仲裁委员会提起仲裁，请求：1. 裁决确认申请人与被申请人签订的《出资协议》已解除；2. 本案仲裁费用由被申请人承担。

被申请人则表示，申请人陈述的事实情况都是正确的。但是由于王某某和本人都不同意解除《出资协议》，因此申请人只是《出资协议》的部分当事人，部分当事人无权解除《出资协议》，其解除行为因违法而无效。

争议焦点

本案的争议焦点是，申请人在王某某不同意解除合同的情况下能否依法解除《出资协议》，《出资协议》在案件发生前是否已经解除。

审理判决

仲裁庭查明并认定了申请人陈述的案件事实，同时认为：

《出资协议》系平等主体A文化集团与七名自然人股东共同签订的合

同,依法应认定有效。合同当事人的法律地位平等,各当事人享受合同确立的权利,承担合同规定的义务。在申请人与被申请人发生合同纠纷,但未经无争议合同当事人王某某同意的情况下,申请人采用B传媒部分股东表决方式解除《出资协议》缺乏法律依据,违反了《中华人民共和国合同法》所确立的协商解除、约定解除和法定解除的相关规定。申请人作为合同的部分当事人,自行与被申请人解除由八方当事人共同签订的《出资协议》的行为无效。申请人的无效解除通知虽然送达给了被申请人,但不产生解除《出资协议》的效力,《出资协议》的效力继续有效。

因此,申请人主张已经解除《出资协议》的理由不成立,其要求确认《出资协议》已解除的仲裁请求应予驳回。

仲裁庭根据《中华人民共和国合同法》第二条、第三条、第八条、第九十六条以及《中华人民共和国仲裁法》第五十一条第一款、第五十七条的规定,裁决如下:

一、驳回申请人的仲裁请求。

二、本案仲裁费49450元由申请人承担。

案例评析

笔者认为,本案涉及的法律问题非常有研讨意义。也就是说,法律上是否存在合同部分当事人的合同解除权。

作为仲裁申请人的代理人,笔者的观点是本案的裁决书认定事实和适用法律值得商榷。下面笔者就本案评析如下:

一、关于本案《出资协议》解除的事实依据和法律依据

本案裁决的依据是:在未经无争议合同当事人王某某同意的情况下,申请人采用B传媒部分股东表决方式解除《出资协议》缺乏法律依据,违反了《中华人民共和国合同法》所确立的协商解除、约定解除和法定解除的相关规定。

笔者认为,该等裁定在认定事实和适用法律上值得商榷:

第一,我国法律并没有明文规定必须全体签约人员共同同意时才能解除合同,因此,仲裁庭作出的"申请人作为合同的部分当事人,自行与被申请人解除由八方当事人共同签订的《出资协议》的行为无效"的结论明显没有法律依据。

正如裁决书所述的,《中华人民共和国合同法》确立了合同的协商解除、

约定解除和法定解除的相关规定。在约定解除和法定解除的情形下，行使解除权的当然可能是部分的合同当事人，并非一定是全体合同签署方。也就是说，合同部分当事人自行依据事先的约定或者法定的情由行使解除合同的权利，这是有法律依据的。

我们注意到，《出资协议》的缔约方共 8 方，即 A 文化集团和 7 个自然人股东。在 B 传媒 2007 年第一次临时股东会议上，股东之一的王某某对于解除《出资协议》的议案表示了弃权，且其也不愿意作为本案的申请人提出解除出资协议的仲裁请求。对此事实，笔者认为，王某某本可以同样行使合同解除权，但是王某某的行为属于对民事权利的放弃，不过不能因此而排除其他缔约主体的合同权利。在这样的情况下，其他股东（全体申请人）依据合同的一方存在根本性违约行为的事实和我国《合同法》的规定而行使合同解除权，这一行为应当受到法律保护。

第二，本案的股东会决议的形式，其实质并非各方签约主体的协商一致的解除合同，而是相应股东依据法定事由行使合同解除权。

本案的股东会决议是在全体股东即《出资协议》的全体签署方就蒋某某离职和从事竞业禁止行为讨论后作出的，表达的本意是认定了蒋某某离职和从事竞业禁止行为违反了《出资协议》等的约定，得出的结论是解除《出资协议》等。可见，同意股东会决议的部分股东即《出资协议》的相关签约方，以股东会决议的形式表达了一致的意见：解除各自与蒋某某之间签署的《出资协议》。该等意思表示是非常明了的。

第三，股东会决议只是个形式，其本质是相关股东解除《出资协议》的决定。

根据我国法律的规定，解除合同的决定并没有被法律格式化。也就是说，诸如本案的股东会决定之类的形式，都可以为法律所准许。我们不能因为本案出现的形式是股东会决议而否定其解除合同的意思表示之本质。

第四，延续了股东会决议的本意，行使了合同解除权的 A 文化集团同时又向蒋某某发出了解除《出资协议》的通知，前后连贯的行为表明了其解除合同的通知已经送达对方。

至于说同意股东会决议的其他股东并没有另行单独明文通知蒋某某解除合同的情形，由于其已在此后以仲裁请求解除合同的形式对蒋某某表明了解除合同的通知意思，当然也应当据此认定为该等股东的解约通知同样已经送达。

在这样的事实基础上，仲裁庭理应准许解约请求，至少也应该确认 A

文化集团在当时已经依法行使了合同解除权。

二、关于股权转让与解除协议之间的关系问题

笔者认为,《出资协议》是各方签署组建公司的章程的基础和前提。由于《出资协议》的其他 6 方主体已经解除了该协议,B 传媒公司章程的 8 方股东已经不再具有共同经营公司的合意,且 6 方解约主体在 B 传媒公司的出资额比例超过了 2/3,符合公司法和公司章程规定的解散的表决权比例,因此解散 B 传媒公司已经具备事实基础。

但是,由于 6 方解约主体愿意在蒋某某的股权转让给 A 文化集团的前提下继续经营 B 传媒公司,故该等股东又形成了股东会决议的第二项内容即蒋某某的股权转让给 A 文化集团。

从上述事实分析,笔者认为,股东会决议的全部内容反映了多数决股东解除《出资协议》、解散 B 传媒公司、但在蒋某某的股权转让给 A 文化集团的前提下延续经营 B 传媒公司的完整、真实的意思表示。由于我国法律和公司章程对解散公司只要求资本多数决而非必须全体股东一致同意,因此,对于股东之间的这种意思表示,尽管股东没有进行相应的解散程序,也没有按照新的股东结构和股份比例重新开业登记,但是法律应当充分尊重民事主体的真实意思,同时维护交易秩序的稳定性。

最高人民法院《关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(二)》第五条规定:人民法院审理解散公司诉讼案件,应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份,或者以减资等方式使公司存续,且不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院应予支持。

笔者认为,遵循最高法院上述司法解释的规定,我们完全可以从同样的法律意义出发,充分尊重本案中股东的意思表示。

此外,我们可以假设本案股东会形成的是解散公司的决议,并且进入清算程序,则蒋某某享有当然的剩余财产分配权等股东权益。此时,如果蒋某某在清算阶段(公司结束清算并注销前)的股东权益要进行转让,笔者认为并不为我国现行法律所禁止。也就是说,只要转让价格合理(在清算阶段应当理解为基本上是以公司净资产价值估算)且其他股东放弃受让权的,A 文化集团完全可以受让蒋某某的股东权益。如果转让成功,此时的 B 传媒公司的其余全部股东同意继续经营公司的,则 B 传媒公司又会在新的股权构架下重新存续下去。这样的假设结果就是本案的股东会决议下的现状。

事实上,股东会决议涉及的 A 文化集团受让蒋某某股权的价格就是以



当时的公司净资产计算的。

通过上述分析，我们可以非常明晰地发现，无论是本案资本多数决的本意还是司法解释的宗旨，都是在变革的前提下维护公司秩序的基本稳定。因此，本案股东会决议的两部分内容即解除《出资协议》与股权转让之间是一脉相承的。我们不能因为出现了"股权转让"的内容就否认"解除《出资协议》"的真实性、合法性。

因此笔者认为，本案申请人在王某某不行使解除权的情况下自行提出解除《出资协议》，该等请求和行为应当得到支持。



当公司虚假变更登记遭遇善意取得制度

——记一起股权转让纠纷案

徐 涛*

案情简介

1994年,阮某与楼某一起登记设立了A公司。2002年,楼某将其在A公司的股份转让给阮某的妻子赵某并办理了变更登记,至此,A公司的股东变更为阮某和赵某,两人各拥有A公司50%的股份,阮某为该公司的法定代表人。该公司名下拥有两块土地的使用权,公司的公章以及两块土地的使用权证由赵某进行管理。

其后,赵某与阮某之间出现感情问题,夫妻关系严重恶化。2008年4月,阮某在赵某不知情的情况下,伪造赵某的签名将赵某名下的股权全部转入自己名下,并以其伪造的虚假材料在工商行政管理部门进行了公司变更登记,同时对A公司的公章进行了遗失公告。同年8月,阮某将已经登记在其名下的A公司的全部股权转让给郭某。

赵某知道此事后,多次向工商行政管理部门以书面信函的形式进行反映,都未达到理想效果。于是,赵某于2009年1月委托我们帮助其办理本案。

我们接受委托后,先就本案相关情况进行了调查取证,并向当地的工商行政管理部门以及上级工商行政管理部门进行了书面函件的反映,要求相关部门在查清事实的基础上撤销虚假的股权变更登记。

工商行政管理部门介入本案,经调查后证实阮某在2008年4月股权变更过程中所提交的材料确属虚假,赵某对于股权转让一事确不知情,但是工商行政管理部门认为,阮某在以伪造签名的手段对公司进行变更登记后,又将全部股权转让给了郭某,郭某对本案实际情况并不知情,并支付了合理对

* 徐涛,男,专业从事金融、公司等方面的法律业务,浙江浙联律师事务所专职律师。

价，系善意第三人，工商行政管理部门如果撤销A公司的股权变更登记，会对善意第三人的合法权益造成损害，因此，工商行政管理部门决定维持A公司的股权变更登记，要求赵某通过民事诉讼的方式解决本案。

2009年6月，赵某以股权转让纠纷为由将阮某与A公司告上法庭，要求：1. 依法确认2008年4月赵某转让给阮某A公司50%内部股权转让协议无效；2. 依法确认赵某拥有A公司50%的股权；3. 依法判令两被告在15日内向A公司登记注册的工商行政管理部门提出变更登记申请，将赵某所拥有的A公司50%的股权重新登记至赵某名下。

一审法院认为A公司的股权已经被郭某善意取得，因此判决赵某败诉。

同年8月，赵某以与公司有关的纠纷为由将阮某再次告上法庭，要求阮某赔偿非法转让其名下股权给其造成的经济损失及相应利息。

一审法院经审理后认为阮某的行为确实侵害了赵某的合法权益，因此判决阮某以股权转让金额的一半赔偿赵某的损失，同时赔偿相应利息。

阮某不服一审判决提起上诉，二审法院维持原判。

争议焦点

1. 缺乏事实依据的具体行政行为是否有效？
2. 善意取得制度是否适用于股权？
3. 郭某是否为善意第三人？

办案思路分析：

一、行政行为的合法性包括两个方面：程序合法以及实体合法。其中实体合法是指行政机关做出的行政行为必须有法律依据和事实依据，事实和法律必须相符。

根据我国目前的法律法规，工商行政管理部门对于当事人提供的公司变更登记申请材料的真实性只负有形式审查的义务。且不论该规定是否合理，但就目前的行政法规而言，在本案中，阮某伪造赵某的签字变更公司登记，其提供虚假材料所产生的法律后果显然是应该由阮某自行承担，而与工商行政管理部门无关。而且对本案相关情况进行调查取证后发现，工商行政管理部门在办理该公司变更登记的过程中，程序上也未存在严重过错，因此，以工商行政管理部门该行政行为是否符合法律规定进行诉讼，显然胜诉的几率是十分低的。

但是，工商行政管理部门的行为不存在法律上的过错不代表该具体行

政行为就是合法有效的。工商行政管理部门作出核准该公司变更登记的行政行为所依据的事实是赵某转让公司股权的行为真实存在。而在本案中,赵某根本没有做出过转让公司股权的行为,也就是说核准公司变更登记行为的事实依据不存在,一个不存在事实依据的行政行为不可能具有合法性。工商行政管理部门在查清这一情况后有义务撤销该具体行政行为。

我们在接到本案后,没有直接采取诉讼方式,也正是基于此原因。如果能够通过行政途径直接解决本案,则赵某能够直接拿回本该属于其的公司股权,而避免产生民事诉讼上的执行风险,对于本案当事人的权益是最大限度地维护。同时,即使在本阶段无法一次性解决本案的实际问题,工商行政管理部门介入调查,也能使本案的事实更加清楚和确定,对于本案以后启动诉讼程序将会起到很好的帮助作用。

而事实上,在该阶段经工商行政管理部门所巩固和确认的证据,在后期诉讼过程中对于本案事实部分的认定起到了决定性的作用。

二、根据调查所得的证据材料,阮某伪造赵某签名非法转让股权的行为涉嫌刑事犯罪,在采用行政方式处理本案的过程中,选择以举报犯罪行为的形式向公、检、法等机关反映本案的相关情况,以便有效地维护赵某的权益。

在采用行政方式处理本案的过程中,我们发现阮某伪造大量虚假材料进行工商登记,非法转让赵某名下股权,并将股权转让所得款项据为己有,拒绝归还赵某的行为涉嫌刑事犯罪,可能涉及的罪名有盗窃罪和侵占罪。

伪造他人签名非法转让他人名下股权并将转让款非法占为己有,拒不交还的行为,是否满足盗窃罪或者侵占罪的构成要件,无论在理论界还是司法实践中都是存在大量争议的。就盗窃罪而言,盗窃罪的对象是"公私财物","公私财物"的概念中是否包括财产性权利;就侵占罪而言,侵占罪的对象是"合法占有的财物",非法转让他人股权是否满足"合法占有"这一前提条件等,因此本案是否能向刑事案件的方向发展是存在很大变数的。

考虑到本案如果能作为刑事案件立案,对于维护赵某的权益是十分有利的,所以虽因变数过大而不能将刑事立案作为主要的案件处理思路,但是在行政处理过程中,我们仍然向行政部门提出了相关意见,并在工商行政管理部门的支持下,通过当地政法委牵头召集公、检、法部门对于阮谋的行为是否构成刑事犯罪进行了联席会议讨论。

但结果并未出现意外,正如笔者在前面所述的,阮某的行为是否涉及刑事犯罪以及触犯何种刑事犯罪在联席会议中存在巨大争议,因为阮某和赵某之间依然存在的夫妻关系的事实,公、检、法等部门商议后认为本案不宜

作为刑事犯罪案件处理。

三、在启动民事诉讼程序后，将股权转让纠纷这一方案作为第一选择进行诉讼。

在对阮某名下财产进行调查后，我们发现如果本案单就对阮某提起侵权赔偿的诉讼，赵某的胜诉把握虽然很大，但执行十分困难。而A公司的经营虽然已经处于停滞状态，但公司名下还拥有两块土地的使用权及其他资产，因此直接取回该公司50%的股权对赵某而言更具有实际意义。因此，在将本案推进民事诉讼程序的过程中，我们最先考虑的方案便是股权转让纠纷。

当然，对于启动股权转让纠纷这一诉讼所可能存在的诉讼风险，我们在事前已经进行了充分的论证，并将其告知当事人。对于一审法院以"善意取得制度"判决我方败诉，虽然在我们的意料之中，但我们对于该判决并不认同。可是由于其中涉及太多法律给予法官的"自由心证"的权力，在一审败诉后再就同一案由进行上诉已经没有实际上的意义，因此，在与当事人充分沟通后，我方虽不服一审法院的判决，但仍放弃了上诉。

四、本案最终采取了以阮某为被告，以与公司有关的纠纷为案由的民事诉讼方案。

正如我们在上文中所提到的，以侵权赔偿进行民事诉讼虽然最容易取得胜诉判决，但是由于阮某已将其名下财产转移一空，赵某即便取得胜诉，也无法对阮某的财产进行有效的执行，这对于维护赵某的合法权益而言，是十分不利的。基于此项考虑，我们一直不希望采取本方案进行诉讼。但在穷尽其他方式而无法达到取回公司股权这一效果的情况下，我们只能以这种诉讼方案在一定程度上维护赵某的合法权益。

审理判决

一、股权转让纠纷(法院在审理过程中将案由改为股权转让合同纠纷)

2009年7月27日，浙江省某某市人民法院一审判决，认为根据A公司2002年4月工商登记显示，其股东为原告赵某和被告阮某，双方各自拥有A公司50%的股份。原告赵某作为公司股东，其股份转让给被告阮某，必须经过赵某本人同意。从本案中被告阮某提交的现有证据看，不能证明原告赵某已同意其股份进行转让，且事后也没有进行追认。同时2008年4月的股东转让出资协议和股东会决议中原告赵某的签名均非本人，也证明了

转让出资协议和股东会决议不是赵某真实的意思表示。2008 年 4 月的股东转让出资协议和股东会决议未经原告赵某的认可,依法应当认定转让出资协议和决议均不成立,对当事人没有约束力。由于协议与决议均不成立,故无需确定其法律效力,被告阮某转让原告赵某所有的股权属于无权处分的行为。故原告要求确认 2008 年 4 月的股东转让出资协议无效的诉讼请求,本院无法支持。

鉴于被告阮某已经将原告赵某拥有的股份转让,并经工商登记确定,郭某鉴于工商登记的公信力而受让被告阮某拥有的 A 公司 100%的股份,并支付相应对价。鉴于善意取得的法律规定,在被告阮某与郭某之间的股权转让协议未被确认无效前,原告赵某要求确认其拥有 A 公司 50%的股权和要求两被告在 15 日内向 A 公司登记注册的工商行政管理部门提出变更登记申请,将赵某所拥有的 A 公司 50%的股权重新登记至赵某名下的请求,本院同样无法支持。原告赵某因被告阮某擅自处分其股份所遭受的损失,可要求被告阮某依法赔偿,鉴于原告赵某在本案中并未提供相应诉讼请求,故本院在本案中不予干涉,可由其另行主张。依照《中华人民共和国合同法》第三十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,判决如下:

驳回原告赵某的诉讼请求。

二、与公司有关的纠纷

2009 年 10 月 14 日,浙江省某某市人民法院一审判决,认为《中华人民共和国婚姻法》第十九条规定,夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。依相关规定,夫妻二人共同出资设立公司,应当以各自所有的财产作为注册资本,并各自承担相应的责任。因此夫妻二人登记注册公司时应当提交财产分割证明。2002 年 4 月,原被告出具并向工商管理部门备案的财产分割协议已明确约定,夫妻双方在 A 公司的出资属于个人财产,不属于共有财产。依该约定,可以确定 A 公司不属于原被告共有财产,原告赵某在 A 公司拥有的 50%股权属于其个人财产。因此被告抗辩 A 公司属于夫妻共有财产的理由不成立,本院不予采纳。

2008 年 4 月,被告阮某未经原告赵某同意,擅自将原告赵某在 A 公司的股权转移至其本人名下,属无权处分行为,其行为已侵害了原告赵某作为 A 公司股东的合法权益,因此对造成原告赵某的损失,依法应予以赔偿。

关于损失的确定，因被告阮某擅自将原告赵某在A公司的股权转移至其本人名下后，又将A公司的全部股权及资产以2250000元的对价转让于第三人，而第三人也已支付被告阮某对价，因此原告赵某按其在A公司的股份比例要求被告阮某赔偿1125000元是合理的。同时对原告赵某主张合理部分利息请求，本院予以支持。

被告阮某不服该一审判决，向杭州市中级人民法院提起上诉。二审法院于2009年12月10日作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

三、工商行政管理部门的处理结果

诚然，工商行政管理部门的处理结果不属于审理判决。但是，笔者在对本案进行分析时，将"缺乏事实依据的具体行政行为是否有效"作为本案争议焦点之一。为更好地对这一焦点进行分析，特将工商行政管理部门对于本案的处理结果在这一部分节选摘录：

本局认为，阮某的行为违反了《中华人民共和国公司登记管理条例》第二条第二款规定的申请人应当对申请文件、申请材料真实性负责的原则，本应根据《中华人民共和国公司法》的相关规定，可以考虑撤销阮某一人有限公司的变更登记，以保证你的合法权益。但是基于以下原因，本局决定暂不撤销A公司的变更登记。

1. 郭某取得A公司100%的股权是善意的、合法的。郭某在股权取得中没有过错，而且付出了相应的对价。根据法律的公平原则，我们应对他的合法权益予以保护。郭某在调查过程中亦已向我们提出了保护其权利、维持公司登记的要求。撤销公司登记，你的股东权利从表面上看是得到了保护，而实际上由于转让款掌握在阮某手中，你的股东权利无法真正得到保护。但由此会造成郭某的合法权益从实质上受到损害。另一方面，你和阮某是夫妻，从法律上意义来说阮某取得的225万元转让款仍是你们的夫妻共同财产。你的股东权利已转化成夫妻共同财产所有权，你可以主张民事权利取得。比较两者，本局认为不撤销公司登记为妥。

2. 对两次股份转让协议的有效性、合法性应由人民法院判决，本局将依据人民法院的判决再作出是否撤销公司登记的决定。

3. 本局已在2009年2月向阮某发出责令改正通知书，只要你与阮某的财产纠纷得以解决，那么A公司变更登记的真实性完全可以改正解决。

因此，建议你通过民事诉讼途径来保障你的权益。

经典评价

一、缺乏事实依据的具体行政行为是否有效？

行政机关在做出具体行政行为的过程中是否存在实体上、程序上的错误，并不是判断一个具体行政行为是否合法有效的充要条件。即使行政机关在做出具体行政行为的过程中不存在任何过错，但如果做出该行政行为的事实依据以及法律依据不存在或者发生变更，该具体行政行为也是不具有有效性的，行政机关必须根据实际情况撤销、变更该具体行政行为或者确认该行政行为违法。

具体到本案，根据我国现行的《公司法》以及相关行政法规、规章等规定，工商行政管理部门在一开始核准公司变更登记的过程中，确实不存在严重的过错。但经本案当事人及代理律师的反映，工商行政管理部门介入调查后已经确认阮某进行公司变更登记申请时提交的申请材料为虚假材料，赵某名下股权并未发生转让，即工商行政管理部门已经确认其作出的核准A公司股权变更登记的具体行政行为没有事实依据，不符合法律规定，在这样的情况下，工商行政管理部门有义务撤销该具体行政行为。

只有在撤销具体行政行为成本过高或者对社会利益造成影响的情况下，行政机关才可以对其作出的明知是错误的具体行政行为不予撤销。而本案中，工商行政管理部门仅以第三人郭某的利益会受到损害为由拒绝撤销没有事实依据的具体行政行为，显然是不合法的。

二、善意取得制度是否适用于股权？

对于善意取得制度是否适用于股权，在理论界一直存在争议。一种意见认为善意取得制度是我国《物权法》上规定的制度，其适用于我国民法领域的物权部分。而股权，从权利性质上来讲其不属于物权，也不属于债权，法学理论界的主流观点将其归纳为混合型权利，因此就法条明文规定而言，处理股权转让纠纷是不应套用《物权法》上的规定的。

这种观点认为，善意取得制度是一项保护权益动态安全的制度，但同时，这项制度又是以牺牲权益的静态安全作为代价的。所以，这项制度一旦发生滥用，片面地强调第三人利益，对于保护市场交易不会产生正面作用。

另一种观点认为，善意取得制度在我国最早的明文规定出现在《物权法》中，但是早在《民法通则》里就有对该制度的涉及，因此，对于善意取得制

度的适用应该惠及整个民法领域，而不该局限于《物权法》的物权权益范畴中，这种相对狭窄的应用方式违反《民法通则》的立法精神，不利于对市场交易安全的维护。实际上，在司法实践中，对于善意第三人制度的运用也早已突破了物权领域。

笔者同意第一种观点。笔者认为在我国法律未明文规定股权转让过程中应该适用善意取得制度的前提下，不应对该制度进行扩大化的应用。

具体到本案，在股权转让纠纷的一审判决中，法院依据善意取得制度驳回原告的诉讼请求，这是缺乏法律依据的，是法官以理论代替法律进行的"自由心证"。事实上，一审法官也未在判决书上写明将善意取得制度应用于股权转让纠纷的具体法律依据。

三、郭某是否为善意第三人？

讨论这个问题的前提是假定将善意取得制度应用于股权转让纠纷是正确的，那么根据善意取得制度的理论，善意第三人必须满足下列条件：1. 善意，即在交易发生前和交易发生时不明知该交易存在问题；2. 支付了合理对价；2. 完成公示。本案中，公司变更登记已经完成，郭某是否善意第三人，取决于其是否明知阮某侵害赵某合法权益的事实以及其是否确实向阮某支付了合理对价。

在工商行政管理部门以及代理律师的调查过程中，阮某曾解释其之所以没有以伪造签名的形式直接将股权从赵某名下转至郭某名下，而是先全部转至自己名下再进行转让，是因为郭某不同意前一种方式，认为具有风险，而要求阮某必须先将股权全部转至自己名下再转让给其。显然，郭某对于公司股权的情况是十分清楚的，对赵某和阮某夫妻感情出现问题这一情况也是知情的，作为第三人应尽的注意义务，其在与阮某签订协议的过程中，应该向赵某核实相关情况，而郭某未经核实便与阮某签订了转让协议，说其是善意的，很难令人信服。但是，在此方面，我方也无法举出有力证据进行证明，根据举证责任的分配原则，我方确实面临承担举证不力的后果的局面。

而对于第二点，郭某是否确实向阮某支付了相应对价，阮某并未向法院提交相关证据，而郭某以A公司的名义向法院提交的证据仅有协议书和收据，对于2250000元人民币的交割仅用一份收据进行证明，以此认定郭某已经支付了合理对价，显然是证据不足的。因此，要认定郭某是善意第三人，从庭审中体现的证据来说，是不足的。

挂名股东及合同是否构成显失公平的认定

——甲村民委员会与李某、邹A、邹B、邹C、邹D、杭州某电缆公司股权转让合同纠纷案评析

吴长富*

案情简介

原乙市某电缆材料厂系集体所有制企业,1998年12月1日该企业注销登记,企业的债权、债务由原乙市丙村民委员会(以下简称丙村委会)及经济联合社负责。1998年12月3日,经乙市工商行政管理局批准成立某电缆材料有限公司。该公司在工商部门注册登记载明:袁某担任执行董事,邹E任监事,注册资本50万元,营业期限为1998年12月3日至2010年10月3日,股东为丙村委会和邹E,丙村委会出资25.5万元,占公司51%的股份,邹E出资24.5万元,占公司49%的股份。2001年4月11日,因乙市撤市设区公司更名为杭州某电缆材料有限公司(以下简称某公司)。某公司成立后,由邹E决策、经营管理和利润分配,甲村委会未参与公司的决策、经营及利润分配。2006年6月11日邹E死亡,李某、邹A、邹B、邹F(注:李某、邹A、邹B、邹F分别系邹E的妻子、女儿及父亲)于2006年9月15日在乙区公证处办理了继承权公证书,公证书载明:邹E死亡后遗留有与其配偶李某共同所有的投入于某公司的注册资金计24.5万元,占公司注册资本的49%。上述财产的一半为死者邹E的遗产,由邹A、邹B共同继承;另一半为李某的份额。2006年10月8日,甲村委会书记胡某某与李某签订了股权转让出资协议,协议上加盖了甲村委会的公章,并由乙区丁乡人民政府见证。该协议载明:甲村委会与李某友好协商,就甲村委会将其在某公司的出资无偿转让给受让方一事签订如下协议:甲村委会将拥有某公司51%

* 吴长富,男,南开大学法学本科,擅长建筑房地产、公司及刑事辩护等法律服务,浙江裕丰律师事务所专职律师。

的25.5万股股本转让给李某；出资转让后，甲村委会不再享有股东权利和不承担股东的义务，并不承担2006年9月1日前发生的债权、债务，李某在享有股东权利的同时必须承担股东的义务。2006年10月26日某公司在杭州市工商局乙区分局办理了企业变更登记，法定代表人袁某变更为李某，李某、邹A、邹B成为公司股东。2006年11月13日，李某、邹A、邹B与邹C、邹D签订了股权转让协议，李某将某公司30%的股本转让给邹D，李某、邹A、邹B分别将某公司45.5%的股本、12.25%的股本、12.25%的股本转让给邹C。2006年12月4日，某公司在杭州市工商局乙分局办理了企业变更登记，法定代表人李某变更为邹C，注册资本由50万元变更为300万元，邹C、邹D成为某公司股东，持股比例分别为70%、30%。2007年11月5日，某公司在杭州市工商局乙分局办理了企业变更登记，注册资本由300万元变更为1000万元，邹C、邹D出资额分别为700万元、300万元，持股比例分别为70%、30%。2007年8月28日，甲村委会以其和李某签订的股权转让出资协议并非其真实意思表示、显失公平为由诉至法院，诉讼请求：1.确认甲村委会拥有某公司51%的股权；2.撤销2006年10月8日胡某某以甲村委会名义与李某订立的股权转让出资协议。

争议焦点

1. 某公司注册资本的全部资金是由谁投入；

2. 1998年11月30日，原丙村委会（该委于2003年9月变更为甲村委会）是否向某公司实际出资25.5万元；

3. 甲村委会是否为挂名股东；

4. 甲村委会是否参与某公司的决策、经营管理及利润分配；

5. 李某与甲村委会签订的股权转让出资协议是否构成显失公平。

审理判决

一审民事判决（注：审判委员会讨论决定）认为，甲村委会、李某于2006年10月8日签订的股权转让出资协议系双方当事人真实的意思表示，且不违反法律的强制性规定，应认定有效。根据1998年11月30日乙市某某农村信用合作社现金支票及现金解款单、袁某的证言，某公司成立时注册资本的全部资金由邹E提供，企业由邹E决策、经营管理和参与利润分配，邹E行使股东权利和义务，甲村委会未参与企业的决策、经营管理与利润分配，未行使股东权利和义务。甲村委会主张注册资本中25.5万元由其出资并参与公司经营管理，因其未能提供足够的证据予以证明，对其主张不予采

纳。且邹E与甲村委会之间没有垫付注册资本的约定，故双方不存在垫付注册资本的关系。因此，双方签订的股权转让出资协议不属显失公平，股权转让协议有效；且转让股权已经工商部门登记，已履行股权变更手续。综上，甲村委会的诉讼请求缺乏依据，不予支持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：驳回甲村委会的诉讼请求。

甲村委会不服乙区法院作出的上述民事判决，向中级人民法院提起上诉。二审法院认为，甲村委会与李某签订的《股权转让出资协议》，甲村委会认为该协议显失公平，应当予以撤销。虽然甲村委会提交了某公司设立登记表、公司章程、验资报告、工商登记材料、解款单及继承公证书等证据，以证明甲村委会出资25.5万元并占某公司股份51%的事实，但因双方就甲村委会是否对某公司实际出资的情况存在争议，原审法院经调查已查明，某公司注册资本50万元来源于1998年11月30日乙市某某农村信用合作社现金解款单，该解款单上载明，资金来源于信用社现金支票转存，而该现金支票的收款人为邹E。审理中，甲村委会对该资金来源于邹E的事实无异议，但其认为这是甲村委会接受了邹E的赠与。对此，本院认为，"赠与"一说是甲村委会在二审期间新提出的事实与理由，在本案中并无证据证明邹E将其出资款项中的一部分赠与甲村委会，因此，甲村委会的该抗辩理由不能成立。另，邹E与甲村委会之间也没有由邹E垫付注册资本的约定。对于实际出资的情况，乙区农村经济经营管理总站、2区农村经济合作经济审计站经调查也查明，甲村委会在1998年11月27日银行存款余额仅为90元，账面库存现金为24592.20元，并在以后年度中未发现该村支付过255000元款项的情况。结合上述调查情况，可以认定甲村委会并未对公司设立实际出资。此外，甲村委会认为其也参与了公司的经营管理，但根据原某公司的法定代表人袁某的庭审证言，也表明甲村委会仅是挂名股东，并未实际参与公司经营管理。从另一方面看，如果甲村委会系某公司股东，在公司成立以来一直存在经营利润的情况下，却从未主张并分得过利润也不符合其实际为公司股东的情形。综上，甲村委会与李某签订的《股权转让出资协议》系双方当事人真实的意思表示，且该协议上除盖有甲村委会印章外，还由乙区J乡人民政府见证，并不违反法律、法规的强制性规定，甲村委会认为该协议显失公平，请求予以撤销的理由不能成立，本院不予支持。原审法院查明事实清楚，审判程序合法，适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

经典评析

一、挂名股东的认定

挂名股东，是指一方与他方约定，同意仅以其名义参加设立公司，实际上并不出资，公司注册资本均由他方投入，不出资的一方即为挂名股东。挂名股东通常表现为实际出资人邀请若干同意出借其姓名或者名称的自然人、法人作为公司的股东，实际上不履行出资义务，出资义务由实际出资人履行，其也不参与公司的经营管理及利润分配；但是在个别情况下则表现为由挂名股东出来参与公司的经营管理，其再将分到的股息、红利，转给实际出资人。

通过本起股权转让纠纷案的一、二审代理，笔者认为，认定股东资格首先应分析争议的法律关系是属于个人法调整范畴还是属于团体法调整范畴。在公司相关的法律关系中，属于个人法上的法律关系应当优先考虑个人法规则的适用，属于团体法上的法律关系应当优先考虑团体法规则的适用。因为个人法注重行为人的真实意思表示，而团体法则强调行为的外观特征。挂名股东发生的股权确权争议，属于个人法的调整范围，因此应当根据当事人之间的约定探究其真实意思表示，即依据“真实意思表示”原则来解决发生的争议，重视实质证据而非形式证据。虽然，工商登记、持股证明、股东名册、公司章程等形式证据均记载挂名股东为股东，但对诉讼结果起决定性作用的是出资协议、股权转让协议、实际出资、实际享有股东权利、承担股东义务等实质证据。

因甲村委会未对某公司的设立实际出资，而且也未实际参与公司的经营管理及利润分配，故一、二审法院将甲村委会认定为挂名股东无疑是非常正确的。

二、如何判断合同是否构成显失公平

显失公平的合同是指一方当事人在订立合同时因情况紧迫或缺乏经验而订立的明显对自己有重大不利的合同。显失公平的构成要件，应包括客观要件和主观要件两个方面：显失公平的客观要件是指当事人在给付与对待给付之间的失衡，因此显失公平主要适用于双务合同。对于无偿合同，因为没有对价，所以不存在双方利益的不平衡和显失公平。显失公平的主观要件是指订立合同时一方利用优势或利用对方轻率、无经验而与对方订立

显失公平合同的故意。这种利用他人的主观状态已表明行为人背离了诚实信用原则的要求。因此,若受害人无法证明对方有上述故意,则不能认为对方符合显失公平的主观要件。受有不利的一方应承担由此造成的不利后果。

因某公司的注册资本全部由邹E个人投入,而甲村委会则自始至终未对某公司实际出资,其仅系挂名股东,所以甲村委会在与李某签订《股权转让出资协议》时,没有要求李某支付对价,也就是理所当然的事情。因此,该协议系双方当事人的真实意思表示,且不违反法律、行政法规的强制性规定,依法应认定为有效。甲村委会认为该协议显失公平,诉请撤销的理由,不仅与客观事实不一致,而且与显失公平的主客观构成要件完全不相符,故其诉请撤销《股权转让出资协议》显然也就无法得到一、二审法院的支持。

法定代表人侵害公司利益之痛

——监事提起诉讼之思考

谷延飞*

案情简介

2007年7月，原告(张某某)和被告(侯某某)协商投资成立公司做买卖，双方商定：原告投资20.2万元，被告投资80.8万元，被告担任公司的执行董事，即公司的法定代表人，原告担任公司的监事。之后，原告和被告将各自投资的款项存入开在某某银行杭州市某支行杭州某某贸易有限公司的账号，工商局于2007年8月23日核准成立杭州某某贸易有限公司。

公司成立后，一直由被告掌控公司的财务，不让原告参与。经原告调查发现：公司注册资本金101万元被侯某某转走不知去向，公司自成立以来一直没有开展任何业务，公司已经两年没有进行工商年检，非但如此，杭州某某贸易有限公司设在某某银行杭州市某支行的账号也被休眠了。

公司的利益和股东利益被侵犯，应该怎么办？由谁来维护这二者的利益？通过什么方式来维护这二者的利益？《公司法》修订以来，在股东提起相应诉讼的过程中，存在种种问题需要探讨，以更好地维护权利人的合法权益。

争议焦点

作为公司的大股东和法定代表人的(侯某某)长期占有公司的财产归个人所有，很明显这是一起非常严重的违法事件。

作为原告的张某某面对这种情况，既要维护公司和自身的合法权益，又不能把局面搞得不可收拾，究竟怎么样做才能把维护自身的合法权益和维

---

* 谷延飞，男，曾任浙江省省直律师协会刑事专业委员会和民事专业委员会委员，现任浙江省省直律师协会公司与证券专业委员会委员，浙江裕丰律师事务所专职律师。

护公司利益有机结合起来？带着这个难题，张某某托人找到笔者，在对有关材料进行认真的分析研究之后，笔者决定代理张某某首先提起公司控股股东、董事、高级管理人员侵害公司利益损害赔偿纠纷的诉讼，要求被告侯某某立即返还侵占的公司101万元的财产并承担本案的全部诉讼费用。

本案焦点如下：公司股东是否向公司如实出资101万元？被告侯某某是否转走101万元以及转走101万元究竟干什么用了？被告侯某某转走公司的101万元注册资本的行为如何定性？被告侯某某是否应该承担损害公司利益的赔偿责任？

审理判决

本案经过开庭审理，并经法官多次做工作，原被告双方终于达成调解协议。

调解书称：本案在审理过程中，经本院主持调解，双方当事人自愿达成协议如下：

一、被告(侯某某)于2009年12月25日前一次性支付给原告(张某某)人民币18万元。二、案件受理费(略)。三、原告(张某某)与被告(侯某某)履行完毕上述义务后，原告(张某某)将所持有的杭州某某贸易有限公司全部股权转让给被告(侯某某)，并协助被告(侯某某)办理杭州某某贸易有限公司的注销事宜。四、双方其他无争议。双方当事人一致同意本调解协议自双方在调解笔录上签名或捺印后即具有法律效力。上述协议，不违反法律规定，本院予以确认。

案后评析

本案属于什么性质的诉讼？本案的管辖权究竟应该如何确定？本案的焦点是否合适？公司在此类诉讼中地位应该如何确定？此类案件的举证责任应该如何分配？本案能否以调解的方式结案？

本案首先要解决一个案件性质问题，即本案是侵权纠纷还是一般债权债务纠纷，是派生诉讼还是其他类型公司纠纷。因为，本案首先遭遇了立案难关。刚开始的时候，承办法院立案庭法官坚持不给立案，并告知应到被告户籍所在地法院去处理。后经争取，承办法院终于立案。

此类案件，作为损害赔偿纠纷当然属于民事侵权纠纷的范畴，其构成要件如下：

(一)侵权的主体

侵权的主体就是谁实施的侵权行为。结合本案的案情不难发现，侵权

者就是另一股东(侯某某)。(侯某某)是公司的法定代表人,(侯某某)实施侵害公司利益的行为,最终也侵犯了公司另一个股东的合法权益,所以侵权者应该是(侯某某),与公司本身无关。(侯某某)与公司不是一般的债权债务关系,而是侵权损害赔偿的关系。

(二)损害事实的存在

损害事实就是对财产利益造成损失的事实,(侯某某)在经营过程中转走,即抽逃公司的全部注册资本金,致使公司无法进行正常的经营活动,侵害公司的财产权,也侵害了公司其他股东的权益。

(三)行为人主观上有过错

作为一个善意的经营者,在实际经营期间应当谨慎保管公司的财产。而在本案中,(侯某某)作为公司法定代表人在公司存续期间不但没有保管好公司的财产,相反,他却利用职权非法侵占所有公司的财产,没有履行对公司所负有忠实义务和勤勉义务,执行职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任,其在主观方面具有重大的过错。

(四)损害事实与侵害行为之间存在因果关系

(侯某某)抽逃公司全部注册资本的行为,导致公司的利益严重受损,二者之间存在因果关系。

由此可见,本案作为侵权损害赔偿案件与一般民事主体之间的普通债权债务案件存在明显的区别,不能将本案按照一般的债权债务关系来对待,应依据《公司法》的有关规定来确定本案的立案。

那么,作为侵权纠纷的案件理应按照《民事诉讼法》第 29 条的规定来决定如何立案,而不能简单地按照《民事诉讼法》第 22 条的规定来处理。

第二,本案的管辖权究竟应该如何确定?从目前的司法实践看,这是一个亟须解决的问题,而公司法立法和理论中没有彻底解决问题,尤其是现有的公司法和相关的司法解释对此没有规定,这就使得此类案件的立案难题仍然不能小视,因此,本文有必要在此简短地探讨一下。新《公司法》实施以来,作为一种新类型的诉讼,司法实践中各地在操作上有所不同,很容易造成混乱。

此类案件在管辖上主要体现为级别管辖和地域管辖两个方面。从级别管辖上看,目前司法实践中主要根据争议标的金额的大小作为划分级别管辖的标准。这个标准存在的问题是:有些涉及公司法的案件虽然争议标的金额不大,但案件的复杂程度却较大。如在股东诉讼案件中,尤其在股东派



生诉讼中，对于公司的控股股东、实际控制人、董事等高级管理人员是否利用关联关系损害公司利益、是否因从事竞业禁止行为侵犯公司或股东权益等事实的认定相当复杂，法官自由裁量的空间比其他普通民事诉讼的空间更大，这对法官的审判经验、道德水准和驾驭庭审的能力提出了较大挑战。所以，笔者赞同，可以参照有关涉外诉讼案件及专利、域名等知识产权诉讼案件的处理机制，将股东诉讼案件，尤其是股东派生诉讼案件，划归中级人民法院作为第一审民事案件管辖，以更好地确保案件审理的公正和效率。

从地域管辖上看，就是在级别管辖确定的基础上要明确由哪一地区的法院来管辖。这个问题，不仅影响着诉讼当事人提起诉讼是否方便可行、影响着当事人对诉讼成本的承受能力，而且也关系到案件的公正审判和执行。

无论是股东直接诉讼，还是股东派生诉讼，均是公司的中小股东在其基本股东权利受到侵害，通过其他途径无法维护自身权益的情况下，无奈提起的诉讼。这些中小股东，无论从经济地位或专业知识领域，均处于弱势地位。由于公司经营常常跨区域，像上市公司其股东成员遍布全国各地，有的公司经营甚至是跨国界，这在客观上使公司控股股东、高级管理人员的住所地与公司所在地非属同一行政区域已经司空见惯。在这种情况下，如果实行原告就被告的地域管辖原则则维权困难很大，股东往往要疲于奔命，而且公司也可能难以应付。

再者，中小股东如果为了追究某个大股东或高级管理人员的责任而必须到被告所在地提起一个诉讼利益不直接归属自己的派生诉讼，这样的管辖往往会削弱中小股东的维权信心，久之则不利于公司的发展。因此，在股东诉讼中，尤其在股东派生诉讼中，适用原告就被告的地域管辖原则，显然会从立法的角度限制了股东诉讼权利的行使，从而最终导致这一制度会越走越窄。

如果以原告所在地这一地域管辖的例外原则确定股东诉讼的地域管辖，则又可能为股东滥诉提供了方便之门。因此笔者认为，以公司所在地作为确定股东诉讼地域管辖的标准是比较合理并切合实际的。原因如下：第一，符合各股东的最初预期，对处于异地的原告和被告均是公平合理的；第二，便于公司作为诉讼主体以最小的成本参与诉讼；第三，便于法院审理案件时了解案件的真实情况，同时便于判决的执行。

综上，作为公司的派生诉讼以及与之有关的新类型公司诉讼，宜由公司所在地的中级人民法院作为一审法院来管辖，不宜由基层法院来管辖。

第三，本案的焦点问题应该说十分到位地解决了本案的要害、关键

问题。

尤其是，被告(侯某某)转走公司的101万元注册资本的行为如何定性?就是解决被告(侯某某)转走公司的101万元注册资本的行为是合法还是非法的问题。这为下面的焦点的顺利解决做了极好的铺垫。本案的焦点可以说是环环相扣，成为一个完整的整体。这对于依法查明(侯某某)系公司的执行董事，作为公司的法定代表人，同时又是公司的高级管理人员，是否履行对公司负有的忠实义务和勤勉义务，在其履行职务期间是否违背法律的规定和公司章程的规定，是否侵占公司的财产101万元，是否给公司和原告造成巨大的损失，是否应当依法承担赔偿责任非常有好处。

第四，公司在此类诉讼中地位应该如何确定?

公司在此类诉讼中既不能成为原告，也不能成为被告，只能成为第三人。因为不愿意诉讼，股东代它提起诉讼，针对的是利害关系人也不是公司，它参加诉讼仅仅是为了防止诉讼产生对其不利的结果，因此，它的诉讼地位应为第三人。

第五，此类案件的举证责任应该如何分配?

现行法律对于股东诉讼中当事人举证责任的分配、证据的内容和形式等问题缺乏十分明确的规定，因此，在目前的司法实践中中小股东提起诉讼的风险还是很大的。

在案件事实处于待定状态时，举证责任的分配原则是否合理，是法官做出裁决是否合理乃至是否合法的一个衡量标准和依据。最高人民法院在《民事诉讼法》中规定"谁主张、谁举证"原则，即明确当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。在确定上述一般规则的基础上，为保证审理工作的公正与效率，最高人民法院出台的司法解释还参照了其他分配证据责任的学说，对按此标准不能获得公正审理结果的少数例外情形，在第四条中规定了举证责任倒置，作为对"谁主张，谁举证"原则的补充和变通，以维护法律实施中的正义与公平。但随着社会经济的迅速发展，新型案件越来越多，上述第四条规定的举证责任倒置情况，已经开始无法满足与日俱增的各类特殊类型案件的需要。

在上述民事诉讼证据分配原则的框架下，与公司法有关的各种公司纠纷案件在审理中就会遇到如下问题：像本案的情况，公司没有设立任何账目，银行又不给非控股股东提供查账的机会，中小股东很难取得公司财产已经不在公司控制之下的证据。这种情况下，如何保护公司和中小股东自身



的合法权益,是一个亟待破解的难题。又如公司的中小股东,在根据《公司法》第二十一条,提出针对控股股东、实际控制人、董事等高级管理人员利用关联交易损害公司利益的股东派生诉讼中,对于缺乏专业知识、获取信息不充分、处于弱势地位的中小股东而言,要向法院提供控股股东进行关联交易的全部细节、详情、损失证明等足以证明上述实际掌控公司的民事主体的侵权证据,是完全不可能的。再如,《公司法》第一百八十三条规定:"公司经营发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损害,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东可以请求法院解散公司。"根据上述规定和现有的证据规则,提起诉讼股东至少需要向法院提交如下证据才能实现诉讼目的:第一,公司经营发生严重困难;第二,继续存续会使股东利益受到重大损害;第三,通过其他途径不能解决。对于上述证据,第一条可以通过提供公司的资产负债表、损益表、现金流量表等财务数据或审计报告就能予以证实。而对于第二方面的证据,继续经营会使股东利益受到重大损害,如何予以证明,不仅对于没有专业知识的中小股东是个难以逾越的法律障碍,就是权威人士也难以一语概括需要提供哪些材料予以证实。而如果要求中小股东向法院提供证据证明"通过其他途径不能解决"这类的问题,就更是难比登天了。

基于上述分析,笔者主张在股东行使损害赔偿请求权诉讼、解散请求权、股东派生诉讼和"揭开公司面纱"的诉讼等案件中,应当采用举证责任倒置的证据分配原则。只有采用举证责任倒置的证据分配原则,才能充分体现法律的公平、公正与效率,切实保护中小股东的合法权益。采取上述原则,完全符合"保护弱者"、"举证难易"等设置举证责任倒置分配原则的前提和依据。如本案依据《公司法》第一百四十八条和第一百五十二条提起诉讼,被告如果能提供其没有非法占有公司的注册资本,法院可以驳回原告的诉讼请求;反之,就应判决支持原告的诉请。在这类案件无需中小股东提供自身无法提供的证据。

又如在涉及《公司法》第一百八十三条的解散公司之诉中,公司如果能够提供证据证实,公司经营虽发生严重困难,但在采用某种途径后,公司会扭亏为盈,使股东的投资保值增值,法院就可以驳回部分股东的解散请求;如公司不能提供证据证实上述主张,则法院就可以根据公司举证不能的事实,判决支持原告的诉讼请求,解散公司。综上,笔者认为,在依据公司法提起的有关股东的诉讼,均应采用举证责任倒置的原则以保证当事人能够提起诉讼,同时保证诉讼结果的公平、公正及法院审理工作的效率。

第六，本案能否以调解的方式结案？

在涉及公司股东的有关诉讼中，尤其是派生诉讼中的调解，因为调解涉及对实体权利的处分，在派生诉讼中原告股东只是代公司行使程序意义上的诉权，其不能擅自处分公司的实体权利，因此，只有在作为第三人的公司参加下，法院才能对派生诉讼进行调解，调解才能具有法律效力。

本案完全可以以调解方式结案，调解的过程和结果也完全符合法律规定。

最后，针对抽逃出资股东的诉讼权利之建议。

股东抽逃出资问题，是伴随着公司这一经济组织存在、发展始终存在且始终没有得到有效解决的问题。上述行为的不断出现，不仅使公司这一经济组织自身的经营、发展遇到难以克服的资金障碍，损害公司和其他股东的利益，同时严重影响公司对外偿债能力，损害公司债权人的利益。由于修订前的《公司法》中只有行政处罚和刑事处罚的规定，没有对民事法律关系当事人民事权利救济的明确规定，所以这个问题始终困扰着当事人及司法工作者。

现行《公司法》在股东抽逃出资给公司、股东造成损害，或侵害债权人利益时，没有明确赋予公司、股东、债权人通过诉讼手段请求国家公权力保护自身合法权益的民事诉讼权利。这不能说不是现行公司法的一个漏洞和缺憾。笔者建议，面对这样一个司法实践中很突出的问题，最直接并有效的方式就是通过司法解释补充如下内容：其一，发起人或股东抽逃出资的，公司可以请求人民法院判令其返还出资，并按照其抽逃出资的金额和时间承担同期银行贷款利息。公司因股东抽逃出资遭受损失的，可以请求法院判令抽逃出资的股东承担赔偿责任。如公司怠于起诉的，其他股东可以提起股东派生诉讼。其二，债权人请求公司清偿债务，公司不能清偿的，债权人可以对抽逃出资且尚未返还的股东提起诉讼，要求其在抽逃资金本金和利息范围内，对公司不能清偿债务承担连带清偿责任。





劳动与社会保障篇





事实劳动关系是否存在

——一张巨额欠薪单据引发的再审疑案

厉　健*

案情简介

这是一起劳动争议纠纷案件，关键证据是一张25.6万元的巨额欠薪单据。该案前后历时四年，经劳动仲裁、一审、二审、再审，最终在查明案情的基础上依法改判。

2005年，王某以A公司未支付2000年至2004年的工资、奖金共计25.6万元为由向劳动争议仲裁委提出申诉。劳动争议仲裁委认为王某提出的申诉请求已超过仲裁申诉时效，作出不予受理通知书。

原告王某不服该通知决定，于2005年4月29日向法院提起诉讼，称其经被告A公司法定代表人之子介绍，于2000年6月起，在被告公司正式设立前就开始工作。之后被告公司设立，王某在被告公司内负责公司的技术管理及项目策划等工作。被告法定代表人也为之允诺给原告一定公司干股。2004年12月初，被告对原告的允诺变卦，被告法定代表人派其子钟某以工资形式及标准额给原告发工资及年终奖办法，书面承诺在2005年2月8日支付给原告工资和奖金共计25.6万元。

被告A公司辩称，原告王某与被告之间从未存在法律上或事实上的劳动关系，原告从来都不是被告单位的员工。原告所谓的被告欠原告工资的字据系原告自己所写，既没有被告法定代表人的签名或盖章，也没有加盖单位的公章，该字据是原告捏造的，是无效的。另外，原告没有在规定的时间内向劳动争议仲裁委员会提出申诉，应当驳回原告的诉讼请求。王某向法院提交了2004年12月A公司向王某出具的欠薪单据一份，载明"王某负

* 厉健，男，东南大学本科毕业，从事证券民事赔偿、公司、金融业务，浙江裕丰律师事务所专职律师。

责公司管理、策划等工作，月薪为3000元，2005年1月起月薪为3500元。公司应在2005年2月8日支付王某工资(2001年7月—2004年12月)126000元、奖金等(2001年—2004年)计80000元、2001年7月前工资50000元，总计25.6万元”。该欠薪单据由王某执笔，并加盖了A公司的合同专用章及公司股东钟某(即法定代表人钟某某之子)的印鉴及其他几份证据。

一审法院经审理认为王某无相关证据证明其在仲裁申诉时效内曾向纠纷有管理职能的有关单位提出权利保护请求，及有关部门给予明确答复的情形，也无不可抗力或者其他正当理由，而且王某提交的证据也不能证明A公司存在拖欠工资的事实，据此于2005年9月16日作出了驳回王某诉讼请求的民事判决。

一审宣判后，王某不服，向中级人民法院提出上诉，中院在审理后认为王某提交的2004年12月由A公司出具的欠条作为证明A公司拖欠工资情况的证据是真实的，同时王某在二审中已提交了新的证据，证明其在仲裁时效期间内向劳动监察部门提出了处理要求，因此，王某要求A公司据此欠条支付工资的诉讼请求，符合法律规定，于2006年2月17日判决：撤销一审的民事判决；A公司于判决生效之日起三十日内支付王某工资及奖金25.6万元。

二审判决后，A公司不服，先后向某省高级人民法院及中院提出再审申请。2008年6月30日，中级法院作出民事裁定，对该案进行再审。

2008年8月，A公司委托本律师担任其再审代理人。

再审争议焦点：巨额欠薪单据是否真实、有效？再审申请人A公司和再审被申请人王某是否存在劳动关系。

审理判决

2008年9月9日，中院公开开庭审理了再审案件。

本律师作为A公司代理人，向法院提交了以下证据：

1. A公司基本情况。用以证明：A公司成立于2001年7月23日，于2007年10月28日被吊销。2001年7月之前，A公司尚未成立，当然不可能拖欠王某所谓的“工资5万元”。

2. 2001－2004年度A公司年检损益。用以证明，2001年度A公司营业收入732460.37元，净利润－62991.37元；2002年度A公司营业收入1224106.22元，净利润－30282.02元；2003年度A公司营业收入

356330.26 元,净利润 29722.87 元;2004 年度 A 公司营业收入 274589.62 元,净利润 59473.61 元。根据 A 公司实际经营业绩,拖欠一名员工四年半的工资、奖金高达 256000 元明显不符合常理。

3. 杭州某信息港有限公司基本情况。用以证明:该信息港公司成立于 2001 年 7 月 23 日,王某在仲裁申请书中陈述:2000 年钟某辞职挂靠 B 公司做网通安装等业务,同年钟某请我去他公司工作。可见,王某的上述陈述完全没有事实根据。

再审被申请人王某向法庭提交证据:售货单、钟某便条、租赁合同、市话业务受理单、送货单等,证明其与 A 公司存在事实劳动关系,欠薪单据属实。

中院认定:本案为劳动争议纠纷,首先应查明双方间是否客观存在劳动关系。根据 A 公司提交的工资单,该工资单中包括了钟某及王某之妻张某,但并没有王某的相关记载。而王某未能提交其与 A 公司间存在劳动关系的相关记载,亦未能提交其与 A 公司间存在劳动关系的其他有效证据。在其所提交的便条中存在以下问题:王某自己书写;未加盖 A 公司公章及法定代表人印章,仅加盖 A 公司的合同专用章及法定代表人之子的印章;所述工资包括公司成立前的;数倍于公司其他员工(700—800 元/月)的月薪 3000 元;自述该便条是以工资奖金的办法兑现原来干股的约定。因此,本案根据现有证据,尚无法认定王某与 A 公司之间存在事实上的劳动关系。故王某要求 A 公司支付欠薪的诉讼请求依法不予支持。

中院于 2008 年 10 月 31 日作出再审判决:一、撤销该院二审民事判决;二、维持一审法院的民事判决。原一、二审案件受理费各 50 元,均由王某负担。

经典评析

该案是一起双方当事人没有劳动合同,以一张巨额“欠薪单据”作为关键证据的劳动纠纷案件。

该欠薪字条写明:2004 年 12 月,A 公司向王某出具的“欠薪单据”一份,载明“王某负责公司管理、策划等工作,月薪为 3000 元,2005 年 1 月起月薪为 3500 元。公司应在 2005 年 2 月 8 日支付王某工资(2001 年 7 月至 2004 年 12 月)126000 元、奖金等(2001 年至 2004 年)计 80000 元、2001 年 7 月前工资 50000 元,总计 256000 元”。该欠条由王某执笔,并加盖了 A 公司的合同专用章及公司股东钟某的印鉴。

本案争议焦点在于:该欠条的真实性及王某与A公司是否存在事实劳动关系。

本律师认为,该欠条上的公司合同专用章和股东钟某印鉴并非伪造,单纯从证据表面分析,该欠条是真实的,A公司应当支付256000元工资奖金,但该欠条本身确实存在重重疑点,结合王某在仲裁、诉讼中的陈述,显然不足以证实存在劳动关系和欠薪事实。在这起错综复杂的案件中,应围绕争议焦点,对关键证据和陈述逐一剖析、论证,才能查清案情,作出正确判决。

本律师认为,王某在仲裁、一审、二审、再审过程中陈述的主要内容自相矛盾、破绽百出,"欠薪单据"系王某利用其妻张某职务便利偷盖A公司合同专用章和钟某私章加以伪造,王某与A公司并不存在劳动关系,256000元欠薪不真实。理由如下:

1. 王某提供的主要证据"欠薪单据"无名称,金额高达256000元,涉及4年半的工资和奖金,该笔款项超过A公司注册资本的50%,承诺支付这笔巨额应付款项居然没有加盖A公司公章或财务专用章或法人章,居然没有A公司经办人或法定代表人签字,居然没有落款日期,这显然是匪夷所思的。

2."欠薪单据"的所有文字由所谓的债权人王某书写,明显不符合由债务人书写欠条的商业惯例,王某对此无法作出合情合理的解释。

3."欠薪单据"约定"以上协议一式两份,盖章生效",但实际上,王某并未在该"欠薪单据"上盖章,而且王某对"一式两份"的具体情况无法作出合理解释。

4."欠薪单据"约定"2001年7月前工资伍万元",与事实根本不符,王某自己陈述的工作经历明显虚假。

中院再审调查:2000年4月至2001年9月王某尚在杭州某计算机系统工程有限公司工作。工商登记资料显示:A公司于2001年7月23日登记成立。

因此,在A公司尚未设立之前,王某尚在其他单位工作,在此期间王某根本不可能为A公司提供劳动。

即便王某真的为设立前的A公司提供了劳动,追认A公司成立之前的应付劳动报酬5万元,占A公司注册资本的10%,这么重大的付款事项,难道不需要A公司股东会决议同意?难道不需要法定代表人同意?

5. 在仲裁申诉书中,王某声称"2000年钟某辞职挂靠B公司做网通安装业务。同年,钟某请我去他公司从事管理策划等工作,月薪3000元,奖金

另计。”

王某的上述陈述与事实根本不符。杭州某信息港有限公司成立时间在2001年7月23日，2001年7月之前钟某尚在杭州拓实公司工作，因此，在该信息港公司尚未成立之前，钟某根本不可能辞职挂靠B公司做网通安装业务，当然也不可能为A公司从事管理策划等工作。

6. 王某声称在A公司从事管理、策划等大量工作，但是，王某直至再审开庭结束也无法向法庭提供其在2000年6月至2003年底的任何工作记录、底稿。可见，王某的陈述是虚假的。

7. 王某提交的“2005年1月20日钟某便条”，涉及金额仅18200元，且由钟某亲笔书写，本案金额高达256000元的欠薪单据却没有让钟某本人书写，这显然不符常理。

8. 王某在仲裁申诉时一字不提干股，在一审起诉状中却提出所谓的干股折算为工资和奖金，但在再审调查中又承认利润分配比例，庭审中却又改口为工资、奖金，其陈述反复变化，王某对所谓的“干股”也从未提供任何证据。可见，王某在说假话，其陈述与事实根本不符。

9. 王某之妻张某曾在2002年全年、2004年8—12月在A公司工作，派驻杭州某信息港公司做统计，张某在工作中经常使用A公司合同专用章和钟某私章。王某只承认张某2004年8月至10月在A公司工作，其故意隐瞒张某的实际工作期限显然是为了隐瞒事实，以达到他的不法目的。

10. 一审法院民事判决书虽然判令A公司支付货款，但该判决并未证实王某是A公司的员工。

11. 2005年10月11日的情况证明，从内容上根本无法证实王某曾经在2005年4月4日提起过劳动仲裁申请，王某关于仲裁申诉时效中断的理由不能成立。

12. 王某一审陈述，从2000年6月至2004年12月，从未拿到一分钱工资。但是，其在二审时讲拿到过3万多元，在再审中又承认曾经收到A公司价值18200元的智能箱。

按照王某的说法，已经从A公司拿到了价值48200元的款项和财物，但其在劳动仲裁、一审过程中却一字不提，可见其居心不良。

13. 王某在再审中提交的证据，不属于“新证据”，不具有证明效力，因为这些证据在仲裁申诉或一审、二审中就应当提交，而王某无正当理由拒不提交，应由其承担举证不能的责任。

退一万步说，即便法院认定这些证据属于新证据，本律师也认为这些证

据不能充分证明王某的主张。

中院采纳了本律师代理意见,再审改判A公司胜诉。

在司法实践中,二审法院对本院作出的判决再审改判很罕见,本案中院在四年后通过再审程序纠正原先的错误判决,让A公司沉冤得雪,本律师作为本案再审申请人A公司的代理人,对此深感欣慰。

劳动者加班时间的举证责任在谁？

——朱某与杭州某服装有限公司劳动争议纠纷案评析

楼一萍　王旭东*

案情简介

原告：朱某

被告：杭州某服装有限公司

2008年5月原告朱某到被告公司从事服装后道工作，实行计时工作制。2008年11月4日，原告以被告不支付加班费为由提出解除劳动关系，向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁，要求被告支付加班费，并提出其他4项仲裁请求，劳动争议仲裁委员会驳回了原告的加班费请求。原告不服仲裁裁决，向法院提起诉讼，并诉称：每天上班时间为8:00至11:30，下午12:30至17:00，晚上17:40开始加班，一般于22:00结束，有时到凌晨，甚至通宵。2008年7月1日起公司实现指纹考勤，原告每月加班100多个小时，被告从未支付加班工资。故原告诉请被告支付2008年5月11日至2008年10月30日的加班工资9000余元及25%的经济补偿金2000余元。

争议焦点

对于加班时间的举证责任在谁，法院如何分配举证责任？

审理判决

本案审理过程中，朱某向法院提交了以下用以主张加班费的证据：

1. 工作时间表1份，用以证明原告加班时间、加班工资、被告所欠工资；

* 楼一萍，女，浙江大学毕业，主要办理劳动、公司、房地产等方面的法律业务和重大的诉讼、仲裁业务，现为浙江六和律师事务所专职律师。

王旭东，男，浙江六和律师事务所专职律师，办理过大量劳动争议案件。

2. 单位发布的有关工作时间的通知 4 份,用以证明原告上班时间、加班情况,原告提交的工作时间表是真实的;

3. 后道工加班、部分指纹考勤录像资料,用以证明原告休息日上班、晚上加班,原告提交的工作时间表是真实的;

4. 工作时间记录本 1 份,用以证明原告每天工作时间;

5. 做货记录本 1 份,用以证明原告每天工作时间,原告提交的工作时间表是真实的;

6. 某员工证言,用以证明单位上班、加班情况。

法院经审理后认为:工作时间表系其本人自行制作,系原告单方陈述,没有其他证据相印证,不具有证明力,法院不予确认。通知系打印机打印,法院不予确认;录像资料反映不出拍摄地点,也不能证明系被告单位的考勤机,与本案缺乏关联性,法院不予确认。工作时间记录本、做货记录本系原告自行制作,属单方陈述,不能证明原告的工作时间及工作内容,法院不予确认。证人虽陈述指纹考勤,但并无其他有效证件与之印证,且其认为考勤记录是被告提交的考勤表显示的内容,法院不予确认。

被告为反驳原告的加班费主张,向法院提交了以下证据:

1. 考勤表,用以证明原告出勤情况;

2. 工作联系单 6 份,用以证明原告停工待料休息情况,反驳原告自制的工作时间表虚假;

法院经审理后认为:考勤表系被告自行制作,法院不予确认;但该证据由被告提供,其中关于原告加班时间的记载应视为被告的自认,故对被告自认的原告加班时间,法院予以确认。工作联系单中的两份有原告名字,法院予以确认。

法院根据上述原被告提供的证据,判决被告按照自认的加班情况计算加班工资支付给原告,合计金额为 1285 元及 25%的经济补偿金 321 元。

原告不服一审判决,要求以自己提供的工作时间表作为证明其加班时间的证据为由向中院提出上诉,后中院判决驳回上诉,维持原判。原告不服二审判决,向省高院申请再审,最后省高院裁定驳回朱某的再审申请。

经典评析

在劳动争议案件中,对于加班时间的举证责任如何分配一直是个很难准确掌握的问题。在本案中,原告提供了自行制作的考勤表,而被告单位没有经员工签字确认的考勤表,也没有实行签到制,更没有指纹考勤记录。在

此情况下，单位是否无需再承担员工无加班的举证责任？答案是否定的。单位仍应当提供考勤记录，即单位自行记录的员工出勤情况表，如果被告不提供考勤记录或以单位不实行考勤抗辩，也无法提供证据反驳原告自行制作的工作表中有错误，那么按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条"发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果"之规定，法院将会判决用人单位承担举证不能的不利后果，支持原告的主张。所以，用人单位不能由于考勤记录没有经员工确认觉得会被否认而不提交，同时，单位应当尽可能举证反驳员工自行制作的考勤表的虚假或存在的矛盾之处。如本案中被告提供了停工待料单，证明原告自行制作的工作时间表不准确、不可采信，单位整个车间停工的日期原告也记载为在加班。

在加班费争议中，如果原告（员工）的证据均无法得到法院的采信，则根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，原告应当承担举证不能的不利后果。而相反，被告（单位）提供的有关考勤的证据，虽然未被法院采信，但单位因已完成了法律规定的提供考勤资料的责任，并不会因为考勤证据未被采信而承担不利的法律后果。但这里需值得注意的是，如果员工有证据证明单位是实行签到制或打卡制，则单位必须提供员工签字的签到表或打卡记录，否则根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条的规定，单位需承担举证不能的不利后果，原告在二审及再审过程中，均坚持认为被告持有其他的原始的考勤记录，应当提供而拒不提供，必须承担不利后果。再审法院认为原告对此未能举证证明，不予支持。

本案标的虽小，但加班费问题往往涉及一个企业的所有员工，生产型企业，同一车间、同一部门加班情况基本相同，如果该案用人单位败诉，则后果可想而知。而事实上，该案也是七个员工同时起诉的集体诉讼，所诉请求基本一致，故用人单位十分重视。在本人代理过的另一起加班费争议纠纷中，八个员工离职时提出加班费诉请，仲裁支持了员工的请求，合计裁决用人单位支付加班费 10 余万元，后经本人代理，一审改判为 2 万余元。很多企业可能已意识到加班费问题，但处理办法常常不合法，并不能真正起到防范风险的作用。有的企业人力资源管理能力较弱，或证据保管意识不强，有关考勤、加班的资料流失到员工手上，造成诉讼时十分被动。

故笔者结合办理加班费争议纠纷案件的经验，建议企业在日常管理中

做到以下几点:(1)有关加班、作息时间的材料不要张贴,如要张贴也要及时注意收回。特别是盖过章的材料,即使是办公室等部门章。如本人代理的一起案件中,员工就是凭单位盖过章的一份国庆值班表,支持了员工的加班费请求。(2)加强人力资源管理人员的风险意识教育,提高考勤资料的保密措施。可以规定公司考勤资料未经批准不得查看,更不能脱离管理人员的管理。许多即将离职的人员,在离职前往往会千方百计搜集各种对自身有利的资料,趁未离职之际,利用同事关系或上下级职务便利,向考勤资料保管人员借看考勤资料,并暗自复印保留。本人代理过的一起案件即遇到该情况。(3)加班比较严重的岗位,如每天12小时轮班制的岗位,必须从制度上解决好加班费问题,应当聘请专业的劳动法律师。(4)员工出勤情况及时让员工签字确认。如企业自行记录的考勤记录能及时让员工签字确认,再发生纠纷的概率将会较小。(5)如企业已向员工支付了加班费,必须在工资条上有明确的体现,如仅仅是使用"绩效奖励"、"奖金"等形式,并不能替代加班费的支付责任。而仅仅在劳动合同中注明工资已包含加班费也是无法律效力的。(6)尽可能对符合条件的岗位申请综合计算工时工作制,以降低加班成本。(7)对符合条件的岗位申请不定时工作制,可免除加班费问题。(8)注意采用计件制的岗位加班仍需支付加班费。(9)了解加班费有关的法律规定和司法实践,以采取合法手段降低加班费成本。如浙江省劳动争议仲裁委员会规定:加班费工资以职工所在的岗位(职位)相对应的工资标准为基数,标准工资难以确定的,按以下方式确定计算基数:(1)劳动合同有约定的,按劳动合同约定的工资为基数;(2)劳动合同没有约定的,实行岗位技能工资制的单位,以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数;(3)岗位、技能工资难以确定的,以上月职工正常工作情况下的工资为基数,同时应扣除绩效、奖金和物价补贴;难以区分工资、奖金、物贴等项目的,以职工上月实得工资的70%为基数。浙江省高级人民法院规定:劳动者与用人单位对有无支付加班费工资的事实发生争议的,应由用人单位对其已经支付加班工资的事实负举证责任。用人单位已支付的工资具有以下情形的,人民法院可认可其中不包含加班工资:(一)折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的;(二)计件工资有劳动定额且定额明显不合理的。

企业按内部规定为员工代付的房屋按揭款的定性

——一起由企业为员工代付房屋按揭款引发的纠纷

陈　淦　程　岚*

案情简介

1998年底，A公司为了解决该厂职工住房问题，制订了《按揭购房实施办法》，确定公司主要技术人员或管理层的职工自行承担首付的30%款项，其余70%银行按揭款由A公司代为承担并偿还银行；但如在按揭期内双方解除劳动关系，由职工偿还代付的按揭款的政策。1999年1月，职工李某购买了杭州某处商品房，向银行按揭贷款121000元，还款期10年。此后，一直由A公司代员工李某向银行偿还按揭贷款。2003年2月，A公司一次性代李某向银行偿还了全部按揭贷款。双方于2003年10月8日签订补充协议，约定李某必须为A公司服务十年（1998年12月28日至2008年12月27日）；若在服务期内，被告由于调离、除名或由于不愿参与改制等原因与A公司解除或终止劳动关系的，必须在办理离开公司手续前，一次性偿还A公司代付的按揭贷款121000元。2005年3月8日，李某离开A公司并与A公司签订劳动合同解除协议（内容简单，仅写明李某与A公司解除劳动关系），但双方未就A公司代付的121000元按揭贷款的处理事宜在劳动合同解除协议中约定。2006年6月14日，A公司以其他合同纠纷为案由，向一审法院提起诉讼，法院判决李某应向A公司返还代偿还的121000元按揭贷款。2006年9月13日李某不服一审判决，向二审法院提起上诉；2006年12月22日二审法院裁定撤销一审判决，要求A公司先行劳动仲

* 陈淦，男，毕业于浙江大学，主要从事知识产权、建筑房产、劳动法律实务，浙江六和律师事务所专职律师。

程岚，女，毕业于杭州大学法律系，主要从事知识产权、劳动法律实务，浙江六和律师事务所专职律师。

裁。2007 年 1 月 10 日,A 公司向省劳动争议仲裁委员会申请仲裁,省劳动争议仲裁委员会以不属于劳动仲裁委员会受理范围为由不予处理。2007 年 1 月 18 日,A 公司再次以合同纠纷为由向一审法院提起诉讼,一审法院判决驳回起诉。2008 年 1 月 2 日,A 公司不服一审判决,向二审法院提出上诉;2008 年 7 月 1 日,二审法院判决维持原判,驳回上诉。2008 年 12 月 5 日 A 公司向省高级人民法院申请再审,2009 年 3 月 31 日省高级人民法院立案审理后裁定驳回 A 公司申诉请求。

争议焦点

员工在符合公司规定的情况下享受企业为其代付房屋按揭款的待遇,但又在未达到劳动合同服务期的情况下提前解除劳动关系,此时公司为员工代付的房屋按揭款如何定性?即双方之间代付按揭款的性质是构成普通的民事合同关系还是构成劳动合同法律关系,并适用《劳动法》相关法律规定予以调整?

审理判决

一审法院审理认为:A 公司与李某之间签订的关于服务期为十年,期满后,按揭房产权归李某;如因李某原因提前解除或终止劳动关系的,必须在办理离职手续前一次性偿还 A 公司代为支付的按揭款的协议系双方真实意思表示,且属于普通民事合同关系。李某在未达到服务期约定条件的情况下离开 A 公司,应偿还 A 公司为其代付的按揭款,因此判决李某立即向 A 公司归还代付的全部按揭款 121000 元并承担逾期还款的利息损失。

二审法院审理认为:本案争议焦点是 A 公司为李某垫付的按揭贷款性质问题。《中华人民共和国劳动法》第七十六条规定:用人单位应当创造条件,改善集体福利,提高劳动者的福利待遇。从 A 公司与李某之间签订的《补充协议书》来看,明确是为了缓解 A 公司的中青年科技人员和生产业务骨干住房困难,根据《按揭购房实施办法》,购置分配给职工按揭房,并规定了服务期限,该行为属于 A 公司给予特定职工的福利待遇。李某作为 A 公司的科技人员,按照《按揭购房实施办法》的规定有资格购买按揭房,并享受该福利待遇,且李某是否享受该项福利待遇是以劳动关系的存续和变动为前提的。在双方 2005 年 3 月 8 日解除劳动关系后,双方之间就是否返还按揭贷款的问题发生的争议属于劳动争议纠纷,依法适用劳动法及相关法律法规调整。

因此,法院按照劳动法及相关法规的规定,作出撤销一审判决,要求 A

公司先行向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁。后A公司向省劳动争议仲裁委员会申请仲裁,省劳动争议仲裁委员会以不属于劳动仲裁委员会受理范围为由不予处理。A公司再次向一审法院提起诉讼,一审法院适用劳动法及相关法律法规,以超过劳动申诉时效驳回A公司起诉,二审法院予以维持;向省高级人民法院申请再审,省高级人民法院开庭审理后,驳回A公司申诉请求。

经典评析

在现实生活中,企业为了吸引优秀的人才经常不惜代价开出优厚的条件,其中包括提供优厚的报酬、提供住房、提供汽车、无偿赠予股份等多种形式。但因为劳动法及相关法律规定,特别赋予了劳动者自由流动的权利,劳动者要求解除劳动合同相当便利并且代价也较为低廉。正是在这种情况下,企业为了约束花巨大精力招聘或培养起来的骨干员工不在短时间内离开,往往对提供的优厚条件都有时间上的限制,即约定一定的服务期限,如果未达到约定服务期限的,则要求劳动者"化整为零"返还或部分返还之前提供的优厚条件。在此种情况下,才引发了本案的纠纷。而以前的诸多案例和指导思想,均是将这种法律关系视为附条件的民事合同,并适用民事法律关系调整,时效上也适用二年的诉讼时效。而本案区别以往的观点,将其视为给予员工的福利,纳入劳动法及相关法律法规调整的范畴,具有突破性指导意义。

一、企业为员工提供住房或垫付按揭款项或其他优厚待遇是否具有福利性的分析

首先要分析企业推出此项政策的目的:本案中A公司为李某代付的按揭款具有福利性。双方签订的《补充协议书》明确推行该员工福利政策的目的为了"缓解我厂中青年科技人员和生产业务骨干住房困难"。同时第三条明确"无论是乙方(员工)申请购买房改房还是按货币化分房政策领取住房补贴,均视同乙方已享受的实物分房面积。"从而可以证明该员工福利政策的推行,是为了代替原来的A公司的房改房政策或货币化分房的福利,是一种新员工福利制度代替另一种员工福利制度,当然不单纯是借款关系或垫付关系。

其次要分析企业推出此类优厚待遇针对的对象:本案中A公司为李某代付的按揭款的对象具有广泛性,不是针对李某一人。能够享有该员工福

利的人员,根据A公司的《按揭购房实施办法》第一条规定"1. 按揭房限于各类中青年科技人员和生产业务骨干;……"说明该员工福利政策所针对的不是特定的李某个体,而是一个员工群体,具有广泛性。

最后要分析此类优厚待遇是否属于企业在执行相应的法律法规要求的提高和改善员工福利的行为:《中华人民共和国劳动法》第七十六条规定:"用人单位应当创造条件,改善集体福利,提高劳动者的福利待遇。"因此国家鼓励和提倡企业能积极主动地为员工提供优厚的福利,改善员工的工作、生活、居住条件。本案中A公司为员工解决住房的问题即为改善员工住房条件的情况。

结合本案,我们认为可以得出基本事实,即A公司为李某提供住房按揭款的原因是为了缓解A公司中青年科技人员和生产业务骨干的住房困难,双方约定必需为A公司工作满十年,期满后归李某所有。这表明关于住房按揭款支付的全部内容都是以双方的劳动关系的存续为前提,是A公司执行《劳动法》第七十六条的规定,即用人单位应当为劳动者提供并"提高劳动者的福利待遇"的行为。李某的住房按揭款作为一项福利待遇,是A公司为李某履行劳动合同而提供的,李某得到住房按揭资金是履行劳动合同义务后应当享受的劳动权利,并且已经代替的实物分房或者货币分房的福利。所以我们不难得出这样的结论:享受条件——李某系A公司中青年科技人员和生产业务骨干的;结算条件——李某不得在十年期满之前辞职、除名等,这两个条件都与劳动合同关系密不可分。在这种情况下,不能将双方之间关于按揭款的结算条款作为单独的附条件的民事借款合同,而是将其视为对于劳动福利权利的一份补充合同,应将其纳入《劳动法》的范畴进行调整。

二、企业一旦将为员工提供住房或垫付款项或其他优厚待遇与劳动合同关系的设立、存续、解除或终止为结算条件的,就不能单独就优厚待遇的条件作为合同纠纷主张权利

企业与劳动者矛盾的直接导火线与劳动合同关系密不可分。而此类纠纷往往都是由于提前解除双方之间的劳动合同所致,如果不解除劳动合同就不会出现本案的纠纷,这本身就是劳动争议事项。我国原《企业劳动争议处理条例》第二条明确规定,用人单位与劳动者因福利待遇发生的争议为劳动争议。同样,2006年10月1日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第一条第三项规定也明确了"福利待

遇、经济补偿金等"属于劳动争议。

本案中A公司针对代付按揭款而制定的《按揭购房实施办法》和《补充协议书》,从实质上来说是对劳动合同的补充协议。而作为内部执行的《按揭购房实施办法》属于单位规章制度的范围,受劳动法及相关法律法规的调整;而《补充协议书》中更是将按揭款如何结算的条件与双方之间劳动合同关系的存续、解除结合在一起。审查劳动者是否享受相应的权利,必然要审查劳动合同关系设立、存续、解除或终止的过错等因素,不可割裂,否则无法分清是非和对错。

三、如企业为员工提供住房或垫付款项或其他优厚待遇纳入普通合同法律予以调整,则适用二年诉讼时效的规定;而劳动者向企业主张经济补偿金等赔偿的,适用一年诉讼时效的规定,将会导致双方之间的权利不平等,对劳动者不公

如果在此类案件中认为返还垫付款或返还住房或其他优厚待遇单独作为普通民事合同纠纷予以处理,那么对劳动者显然是不公平的。因为按照1995年1月1日施行的《中华人民共和国劳动法》第八十二条规定"提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。"即劳动者向企业主张权利的申诉时效为60日。即使依据2008年5月1日施行的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定"劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。"劳动者向企业主张权利的时效为一年。那么就会出现这样的情况,企业对劳动者在解除劳动合同时,以口头的一些承诺答应只要劳动者放弃向企业主张经济补偿金等诸多要求的,企业可以不向劳动者要求返还已经提供的优厚待遇;然后企业在一年之后,向劳动者以优厚待遇的相关条款属于普通合同纠纷为由,向劳动者主张要求返还,那么劳动者此时却因时效超过的原因无法再向企业主张经济赔偿或补偿,那么势必处于不公平的不利地位,权利显然无法得到保障。

像本案中李某已经在A公司处工作达20年之久,显然可以获得高额经济补偿金,但在当时情况下,李某是按照A公司的要求解除了与A公司的劳动合同。而A公司就在劳动者的时效过后,向法院直接以普通合同为由起诉至法院要求归还垫付的按揭款,如果当时李某知道解除劳动合同关系应当退还住房按揭款给A公司的话,显然也会向公司要求支付经济补偿金等费用的。但在A公司起诉时,再向A公司主张经济补偿金等权利将因

超过法定的时效不被法院所支持。这样势必会产生一个后果,即双方当事人的诉权是不平等的:李某维护自己的权利只有最多一年的时效,A 公司作为单位向劳动者主张权利却有 2 年的诉讼时效。那么在单位提起的诉讼中,李某只有应诉的义务,没有主张权利的可能,有违公平原则。

尽管 2008 年 1 月 1 日《中华人民共和国劳动合同法》生效实施,2008 年 5 月 1 日《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》生效实施,2008 年 9 月 18 日《中华人民共和国劳动合同法实施条例》颁布实施,但出台的一系列法律法规中均未对此作出任何的规定予以明确,幸好有本案得到了三级审限的人民法院的支持。

所以作为笔者,我们认为公司与员工之间关于围绕"优厚待遇"发生的诸多恩怨,不能同等于普通的民事合同关系,毕竟公司能为员工或技术骨干提供优厚待遇都是以双方之间存在劳动合同关系为前提,任何一个企业都不可能为一个没有任何关系的人员提供这样的条件;而这种优厚待遇的享受、收回在设定条件时,都必然与双方之间的劳动合同关系的设立、存续、解除或终止密不可分。在这种情况下,要厘清双方的恩怨情仇,处理此类纠纷和审理此类案件,必将与劳动合同的履行、解除或终止结合,并考虑双方在履行劳动合同中的过错程度,作出公正的判决,才能做到既有效保护劳动者、又能保护企业合法权益的二者兼顾。而不能机械将此类案件,简单地作为附条件的普通民事合同来进行处理,否则对劳动者是不公平的。而将此类纠纷按照劳动争议纠纷来处理的结果并不影响实体公正,无非是将不对等的时效(劳动仲裁法规定时效为一年,普通民事时效为二年)都统一为一年,这样可以让劳动者和企业及时行使相应的诉权,避免劳动者向企业提起仲裁或诉讼时效为一年,而企业故意在超过一年之后再向劳动者行使诉权主张权利使劳动者因超过一年时效无法向企业主张权利的尴尬境遇。同时,建议相关部门能出台相关的规定,明确将此类优厚待遇条件按服务年限计算享受,这样对双方也较为公平,同时也有利构筑和谐的劳动关系。

终止劳动合同无须提前30天

——杭州某集团有限公司诉景某劳动争议纠纷案评析

李　明*

案情简介

景某于1998年5月进入杭州某集团有限公司，从事施工管理工作，为注册建造师，双方签订劳动合同。2001年9月至2008年9月，景某在杭州某集团有限公司市政分公司工作。

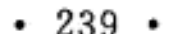
2007年8月30日，双方签订最后一份劳动合同，景某每月工资为3100元，期限从2007年9月13日至2008年9月12日。景某实际月工资为3160元。

2008年5月13日，杭州某集团有限公司下发关于实施《杭州某集团有限公司注册建造师管理（暂行）办法》的通知。

2008年9月9日，因前述劳动合同即将到期，景某停止正常工作，开始办理工作交接手续，但杭州某集团有限公司人力资源部未同意办理移交。同年9月12日，景某离开杭州某集团有限公司，双方劳动关系终止。9月16日，景某办理完毕交接工作。9月22日，杭州某集团有限公司以邮政特快寄送给景某通知一份和盖有杭州某集团有限公司印章的劳动合同文本，提出在维持原劳动合同待遇的基础上与景某签订无固定期限劳动合同，并要求景某在9月25日前办理续签手续，逾期视为不再续签劳动合同。但景某拒绝签收上述邮件，后退回杭州某集团有限公司。同年9月26日，杭州某集团有限公司出具终止劳动合同证明书，并邮寄给景某，于次日送达。

2008年春节，杭州某集团有限公司安排放假14天（2月4日至17日），扣除法定节假日和休息日，景某实际另休5天，杭州某集团有限公司支付了

* 李明，男，毕业于中南政法学院（现为中南财经政法大学），英国曼彻斯特大学访问学者，专业从事建筑房地产、人力资源管理、合同纠纷、公司事务，浙江亿维律师事务所专职律师。





正常的工资。

2009年7月14日,景某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,诉称景某于1998年5月进入杭州某集团有限公司从事施工管理工作,为注册建造师。双方签订的最后一份劳动合同期限为2007年9月3日至2008年9月2日。合同到期后,景某继续在杭州某集团有限公司工作,此时连续工龄达到十年以上。2008年9月9日,杭州某集团有限公司在未提前30天情况下且违反劳动合同法无固定期限劳动合同订立的相关规定,单方解除了双方之间的劳动关系,但未依法支付解除劳动关系经济补偿金和赔偿金,也未依法支付景某未休年休假的工资,并且拖欠2008年年终奖、注册建造师津贴及中秋节福利等,请求裁决杭州某集团有限公司:1. 支付解除劳动关系经济补偿金和赔偿金共计54744元,支付未提前30日通知解除劳动合同造成的工资收入损失3320元,支付2008年年终奖金11175元以及未休年假工资4719元。2. 支付注册建筑师津贴8000元,支付建筑师印章费和IC卡费用75元及中秋节福利费600元,以上共计82633元。

争议焦点

1. 本案是劳动合同解除还是劳动合同终止

2. 本案是否存在违法解除或终止劳动合同的情形,是否应支付经济补偿金和赔偿金

3. 本案是否应支付年终奖、未休年休假工资、建筑师津贴、建筑师印章费、IC卡费、中秋节福利费

审理判决

劳动争议仲裁委员会经过审理认为:本案的焦点在于杭州某集团有限公司是否存在违法解除或终止劳动合同的情形?根据景某与杭州某集团有限公司签订的最后一份劳动合同,该劳动合同期限至2008年9月12日止,而在此之前景某并无相关证据证明杭州某集团有限公司单方提前解除劳动合同的事实,仅凭《离开企业工作联系单》无法认定系杭州某集团有限公司提出解除劳动合同,且该联系单显示景某的离职未得到人力资源部的批准,至此不能认定双方劳动合同已提前解除。而在9月12日劳动合同到期终止后,景某未继续在杭州某集团有限公司工作,对于杭州某集团有限公司要求续签无固定期限劳动合同的请求也未予回复,表明其没有继续在杭州某集团有限公司工作的主观意愿,应视为景某对于双方劳动合同到期终止事实的默认。据此,本委认为双方劳动合同应属于到期终止,不存在所谓杭州

某集团有限公司违法提前解除劳动合同的情形。故对于景某要求杭州某集团有限公司支付解除劳动合同经济补偿金和赔偿金合计 54744 元的请求，本委不予支持。景某要求杭州某集团有限公司支付未提前 30 天通知解除劳动关系造成的工资收入损失 3320 元的请求，缺乏事实依据和法律依据，本委不予支持。

根据杭州某集团有限公司单位的薪酬管理制度，下属员工的年终绩效工资应以本部门考评结果和员工本人考评结果为依据，综合考虑集团当年生产经营效益指标和管理指标完成情况来确定。本案中，景某在 2008 年度未工作至年底，没有参加单位的考评，不符合领取年终绩效工资的必要条件，故对于景某要求杭州某集团有限公司支付 2008 年年终奖金 11175 元的请求，本委认为缺乏依据，不予支持。

根据《职工带薪年休假条例》第五条的规定，用人单位应根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。本案中，杭州某集团有限公司在 2008 年春节期间统筹安排景某休假 14 天，扣除法定节假日及休息日外合计休息 5 天，而杭州某集团有限公司依法支付了正常的工资，故本委认定景某额外休息的 5 天属于带薪年休假的性质。景某在 2008 年工作至 9 月 12 日，其可享受的带薪年休假天数为 7 天。杭州某集团有限公司只安排景某享受带薪年休假 5 天，还需支付景某未休 2 天年休假的工资，故对于景某要求支付 2008 年年休假工资的请求，本委予以支持，金额为 581.1 元(3160 元/月 ÷21.75 天×2 天×2 倍)。

根据《杭州某集团有限公司注册建造师管理(暂行)办法》第三章关于注册管理及津贴的相关规定，杭州某集团有限公司的注册建造师应满足“注册在杭州某集团有限公司，初始注册时间为 3 年，并签订建造师注册管理协议，须将建造师执业资格证书、注册证书、执业印章委托杭州某集团有限公司保管”等条件。本案中，景某不符合领取注册建造师津贴的基本条件，故对于景某要求支付注册建造师津贴 8000 元的请求，本委不予支持。景某要求支付建筑师印章费及 IC 卡费用 75 元的请求，没有法律依据，本委不予支持。

2008 年中秋节为 9 月 14 日，景某与杭州某集团有限公司的劳动关系在此之前已到期终止，故对于景某要求支付 2008 年中秋节福利费 600 元的请求，本委不予支持。

最后，劳动争议仲裁委员会裁决如下：

一、杭州某集团有限公司支付景某 2008 年未休年休假工资 581 元，杭

州某集团有限公司应当自本裁定生效之日起七日内一次性付清;

二、驳回景某的其他诉讼请求。

景某对仲裁裁决不服,向法院提起诉讼。

杭州某区人民法院经过审理认为:景某自 1998 年 5 月入杭州某集团有限公司工作,双方于 2007 年 8 月 30 日签订最后的一份劳动合同,期限自 2007 年 9 月 13 日至 2008 年 9 月 12 日。该劳动合同系双方真实意思表示,且未违反法律规定,应予认定有效。该合同对双方具有法律约束力。双方的争议之一:景某主张系杭州某集团有限公司违法提前解除劳动合同,故应当支付景某解除劳动关系经济补偿金和赔偿金共计 54744 元以及未提前三十日通知景某解除劳动合同造成的工资收入损失 3320 元。杭州某集团有限公司认为本案所涉劳动合同系期满终止,且其已经提出维持劳动合同条件与景某续订劳动合同,故不需承担经济补偿金。本院认为,首先,景某未举证证明其所述劳动合同期限至 2008 年 9 月 2 日,以及杭州某集团有限公司提前违法解除劳动合同的事实。并且,按照《离开企业工作联系单》载明的景某离开原因是"因合同到期,劳动合同终止",杭州某集团有限公司出具终止劳动合同证明的时间也在劳动合同期满之后。故本案属于劳动合同期满终止,不属于提前违法解除劳动合同。其次,因劳动合同期满终止的,除用人单位维持或提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,用人单位仍需支付经济补偿金。本案劳动合同期满后,杭州某集团有限公司亦表示愿意按照原劳动合同的待遇与景某续订无固定期限劳动合同,但景某未表示同意。故杭州某集团有限公司已经依法履行其作为用人单位负有的相应义务。景某对是否续订劳动合同未作意思表示,其应自行承担相应的法律后果。景某主张支付经济补偿金和赔偿金以及未提前三十日通知解除劳动合同的工资收入损失,本院不予支持。

双方的争议之二:景某主张杭州某集团有限公司支付 2008 年年终奖金 11175 元以及未休年休假工资 4719 元、支付注册建筑师津贴 8000 元、支付建筑师印章费及 IC 卡费用 75 元、中秋节福利费 600 元等请求。(1)2008 年年终奖。因年终奖等由杭州某集团有限公司的薪酬管理制度等规定,景某未举证证明其可以按照 2008 年度的工作时间享有相应的年终奖。景某主张 2008 年年终奖缺乏相应依据,本院不予支持。(2)未休年休假工资的争议。杭州某集团有限公司可以根据生产、工作的具体情况,并考虑劳动者的本人意愿,统筹安排年休假。2008 年度景某自 1 月 1 日工作至 9 月 12 日,可享受年休假 6 天。景某在 2008 年春节休息 14 天,扣除法定节假日及

休息日外休息的5天属于年休假。杭州某集团有限公司应支付景某2008年度应休未休1天的年休假工资。因杭州某集团有限公司对于仲裁裁决支付2天年休假工资无异议，本院予以确认。(3)支付注册建筑师津贴8000元、建筑师印章费及IC卡费用75元的请求。因注册建筑师津贴、建筑师印章费及IC卡费用，并不属于景某的劳动报酬，景某亦未举证证明杭州某集团有限公司负有支付上述款项的法定义务。故景某的上述请求缺乏相应依据，本院不予支持。(4)中秋节福利费600元，因双方的劳动合同于2008年9月12日到期，双方至此已不具备劳动关系。本院不予支持。

综上，杭州某区人民法院判决如下：

一、杭州某集团有限公司支付给景某2008年未休年休假工资581元，该款于本判决生效之日起十日内付清。

二、驳回景某的诉讼请求。

经典评析

本案涉及的是劳动合同的终止还是劳动合同的解除。

劳动合同终止是指劳动合同订立后，因出现某种法定的事实，导致用人单位与劳动者之间形成的劳动关系自动归于消灭，或导致双方劳动关系的继续履行成为不可能而不得不消灭的情形。劳动合同终止主要是基于某种法定事实的出现，其一般不涉及用人单位与劳动者的意思表示。只要法定事实出现，一般情况下，都会导致双方劳动关系的消灭。《劳动合同法》第44条规定："有下列情形之一的，劳动合同终止：(一)劳动合同期满的；(二)劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；(三)劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；(四)用人单位被依法宣告破产的；(五)用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；(六)法律、行政法规规定的其他情形。"

劳动合同解除是指劳动合同订立后，劳动合同期限届满之前，因出现法定的情形或用人单位与劳动者约定的情形，一方单方通知或双方协商提前终止劳动关系的法律行为。劳动者与用人单位解除劳动合同时，必须做出相应的意思表示即通知对方，意思表示到达对方时解除生效，并且劳动合同的解除要在劳动合同期限届满之前。劳动合同解除包括双方协商一致解除、劳动者提前30天通知解除、劳动者单方随时通知解除、用人单位单方随时通知解除、用人单位提前30日通知解除。

本案涉及的劳动合同的终止，并非劳动合同的解除。根据景某与杭州

某集团有限公司2007年8月30日签订的劳动合同,劳动合同期限从2007年9月13日至2008年9月12日。2008年9月12日,劳动合同期满,依照《劳动合同法》第44条第1款之规定,双方劳动合同终止。景某提供的离开企业工作联系单中,也明确写明"因合同到期,终止劳动合同"。景某对此也没有提出异议。景某诉称"2008年9月9日,杭州某集团有限公司在未提前30天的情况下,且违反劳动合同法无固定期限劳动合同订立的相关规定,单方解除了双方之间的劳动关系",该诉称混淆了劳动合同的解除与终止。未提前30天的,涉及的是劳动合同的解除,而订立无固定期限劳动合同,涉及的是劳动合同的终止。

劳动合同终止以后,是否续签劳动合同,存在以下4种情况:1. 双方都愿意续签;2. 双方都不愿意续签;3. 劳动者不愿续签,用人单位愿意续签;4. 劳动者愿意续签,用人单位不愿意续签。只有在劳动者愿意续签,用人单位不愿意续签的情况下,用人单位才需要支付经济补偿金。《劳动合同法》第14条规定:"有下列情形之一,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同:(一)劳动者在该用人单位连续工作满十年的;……"根据该条的规定,劳动者在符合签订无固定期限劳动合同的条件下,也需要向用人单位提出订立无固定期限劳动合同的意思表示。这种意思表示需要通过客观的东西表示出来。景某在庭审中多次表示在劳动合同到期终止后,签订无固定期限劳动合同已没有任何意义。该陈述真实反映了景某并没有续签劳动合同的意思表示。



代通知金与经济赔偿金的区别与适用

——侯某诉上海某乐器有限公司劳动纠纷争议案评析

黄丽泉*

案情简介

侯某曾有任外企乐器公司技术员的丰富工作经验，2009年初经人介绍，于2009年2月9日与上海某乐器有限公司签订劳动合同，劳动合同期限为十年，无试用期，劳动合同约定侯某的工作岗位为“到技术、生产部门从事技术、生产及与此相关的附带工作”。因工作成绩突出，2009年7月21日，侯某被该公司任命为生产二科科长兼技术科工程师。2009年12月14日，该公司在未与侯某进行协商或告知的情况下，在开早会的时候口头告知因侯某不能胜任工作，即以书面形式通知侯某，免除侯某生产二科科长职务，并调到后勤设施科当科员(该书面通知书中未有侯某工作不能胜任之表述)，并在会上当场收回申请人持有的该公司的门禁卡。2009年12月16日，侯某到上海某区劳动监察大队投诉。2010年1月8日，侯某向上海某区劳动仲裁委员会申请仲裁。

争议焦点

本案的争议焦点是：

代通知金与经济赔偿金是否可以并用。

审理判决

本案由上海市某区劳动仲裁委员会受理。仲裁开庭过程中，仲裁员指出按上海市劳动仲裁的实践，代通知金与违法解除劳动合同经济赔偿金只能选择其一，因为代通知金是在合法解除劳动合同的情况下适用，而经济赔

* 黄丽泉，女，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

偿金是在违法解除劳动合同的情况下适用,一个案件中不能存在既有合法解除又有违法解除的仲裁请求,要求当事人必须选择其一,否则仲裁庭将全案驳回,这也是上海市劳动仲裁的统一做法。最后,侯某选择了要求支付违法解除劳动合同经济赔偿金的仲裁请求,放弃了要求支付代通知金的请求。

经典评析

本案涉及的是有关代通知金与经济赔偿金是否可以同时适用的问题。上海市劳动仲裁委员会的统一做法是两者只能选择其一,但是笔者并不认同此观点,笔者以为上海市劳动仲裁委员会的如此观点,是对代通知金及经济赔偿金适用范围的混淆。笔者认为代通知金是专项适用的,只要符合我国《劳动合同法》第 40 条的规定即适用,在违法解除劳动合同事实中,只要存在《劳动合同法》规定的该第 40 条情况存在就适用代通知金,违法解除合同的经济赔偿金另外适用。因此笔者试通过对代通知金与经济赔偿金各自适用范围存在的区别进行比较,以便能够比较清楚地阐明本人的观点,即代通知金与经济赔偿金可以并存。笔者的该观点事后在杭州市某些仲裁委员会作探讨时也是得到认同的。

一、代通知金适用范围

代通知金,即代替通知金,该简称并非我国内地的法律术语,新《中华人民共和国劳动合同法》中也没有“代通知金”的概念,该法第 40 条规定的是“解除劳动合同代通知金”。代通知金是中国香港地区和中国台湾地区的说法,这也是法律的移植,因在实践中以代通知金表述更为方便而为我国内地司法实践中所采用,外企中比较容易提到的遣散费中的“N+1”中的“1”即是指代通知金。《劳动合同法》实施后,社会上曾出现过用代通知金可更快“炒人”的说法,实际上这是对代通知金的一个错误理解,代通知金的本意是在法律规定的情形出现时,方便用人单位在解除劳动合同时对解约时间作出的灵活选择,而不是在任何情况下都可以适用代通知金的。《劳动合同法》第四十条规定:“有下列情形之一的,用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同:(一)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作的;(二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的;(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能

就变更劳动合同内容达成协议的。"从该条文规定来看，能够适用代通知金的情形只有三种，没有一般法律在列举后往往设置的兜底条款。该条款是用人单位可以单方面合法解除劳动合同的一个直接法律依据。

二、经济赔偿金的适用范围

《劳动合同法》第八十七条规定："用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金"。由此可以推出该法第四十七条的规定是二倍赔偿金的计算基础，而《劳动合同法》第四十七规定的是经济补偿金的计算方法，那么最后只要确定经济补偿金的适用范围即可。《劳动合同法》第四十六条即规定了用人单位应当向劳动者支付经济补偿金的七种情形，该条文的第一款第（三）项规定："（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的"，该第四十条即是代通知金条款。现在笔者试着用一种比较直观的方法来表达经济赔偿金的形成模式：第八十七条的经济赔偿金＝第四十六条规定的应当支付经济补偿金情形条款（即计算基础）×第四十七条的经济补偿金的计算方法×2倍。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第25条规定"用人单位违反劳动合同法的规定解除或终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿金。赔偿金的计算年限自用工之日计算"，从该法律条文可以明确经济赔偿金是直接包括经济补偿金了。

三、代通知金的法律含义本身不包含于经济赔偿金的范围

（一）代通知金的法律含义与经济赔偿金的法律含义不同

1. 两者所适用期限不同。但凡每个法律术语的出现和使用，都有其特定的含义。从经济赔偿金的法律含义来看，经济赔偿金是经济补偿金的二倍，而有关经济补偿金的计算方法，《劳动合同法》第四十七条做了明确规定："经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付，……"从该条的规定可以看出经济补偿的形成基础是劳动者的工作年限，与代通知金没有任何的关系。而代通知金与工作年限没有任何的关系，只与上一个月的工资标准有关。两者的法律概念中完全没有重叠的成分。

2. 两者所指的"月工资"的计算依据不同。代通知金所适用的一个月工资，根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第20条规定"用人单位

依照劳动合同法第四十条的规定,选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的,其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。"但是经济补偿金所适用范围的一个月工资,根据《劳动合同法》第四十七条第三款规定"本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资",因此两者所指的月工资的法律含义不同。

(二)从经济赔偿金的形成过程来看,也不包括代通知金

通过上述对代通知金及经济赔偿金法律适用范围的详细阐述,从《劳动合同法》的条文即可推出代通知金的含义本身不包括在经济赔偿金的范畴。《劳动合同法》第四十六条规定了用人单位在合法的情况下仍需支付经济补偿金的七种情形,其中也包括了代通知金条款,即第四十六条第一款"有下列情形之一的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿"及第(三)项"用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的",从该条款项的一个法律逻辑表述来看是用人单位选择支付了代通知金后,还应当支付经济补偿金。而经济赔偿金则是以经济补偿金为基础,是经济补偿金的两倍。

结合《劳动合同法》第四十条和第四十六条的规定,可以得出这样一个法律逻辑:代通知金形成在前,经济补偿金形成在后,即用人单位在使用代通知金(暂不讨论提早一个月通知解除的情形)的情况下解除劳动合同(我们在此以用人单位具备使用代通知金的合法情形为前提),此时用人单位还应当另外支付经济补偿金,而经济赔偿金则是经济补偿金的两倍。

笔者以为经济补偿金的构成理解了,经济赔偿金是否能与代通知金并存问题也就解决了。

四、代通知金与经济赔偿金适用之评析

笔者试图从两者解决内容角度的不同来说明问题(该观点可能并不太成熟,但是可能比较容易说清问题):笔者以为《劳动合同法》第四十条是程序性规定,而第八十七条是实体性规定,代通知金是程序,而经济补偿金和经济赔偿金是实体,代通知金解决的是特定情况出现时用人单位用什么形式解除合同,经济补偿金解决的是劳动合同被依法解除或终止时,用工单位需要支付哪些费用或多少费用给劳动者,经济赔偿金则解决的是劳动合同未被依法解除(即违法解除)时,用工单位需要支付哪些费用或多少费用。程序与实体并不是包含关系,也就是说即使程序合法实体有可能还是会违法,亦或是程序违法实体合法,亦或是程序实体均违法,所以用工单位使用代通知金的形式通知解除合同后,基于解除合同而应解决的很多实体补偿

或赔偿问题用工单位仍然可能违法。

举一个例子来说明笔者的观点：当用工单位出现《劳动合同法》第四十条规定的可以提前解除劳动合同的法定事由时，用工单位选择了支付一个月的代通知金形式来解除合同并实际支付，也就是说解除劳动合同的程序没有问题，可是解除合同时用工单位并没有按《劳动合同法》第四十六条的规定支付经济补偿金，在此情况下，很显然用工单位没有依法解除，因为依照《劳动合同法》第四十六条规定，解除劳动合同时依法应当支付经济补偿金，这是《劳动合同法》的规定，解除劳动合同时用工单位没有支付以经济补偿金，那就是属于《劳动合同法》第八十七条规定的"用人单位违反本法规定解除或终止劳动合同的……"，经济赔偿金适用的前提条件，由此产生一个问题，即基于此代通知金是不是需要返还呢？笔者认为当然不需要劳动者返还给用人单位了，因为代通知金跟后面用人单位未支付经济补偿金或赔偿金不是必然关系，此种情况下代通知金与经济赔偿金完全可以并存。

有助于理解《劳动合同法》第八十七条的精神，笔者认为还有一个条款也可以说明不支付经济补偿金也是违法解除。《劳动合同法》第八十五条明确规定用人单位解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的，劳动行政部门责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。从第八十五条规定的精神来看，未支付经济补偿的，也需加付赔偿金，也属违法，只不过在该条中责令支付赔偿金的主体是劳动行政部门，而第八十七条责令支付赔偿金的主体有可能是仲裁委员会或人民法院而已，但两者的精神应该是一致的：即用人单位未支付经济补偿金的，就应承担赔偿金，都是对用人单位违法行为的惩罚，与代通知金无关。

综上所述，笔者个人观点认为，代通知金与经济赔偿金属两个不同的范畴，代通知金与经济赔偿金并存不矛盾，也不违反《劳动合同法》的规定。



知识产权篇





方法发明专利的举证及禁止反悔原则的适用

——评浙江某竹胶板有限公司与宜兴某竹木业有限公司侵犯方法发明专利权纠纷案

罗　云*

案情简介

原告：浙江某竹胶板有限公司

被告：宜兴某竹木业有限公司

原告是"饰面竹胶模板的制造方法"的方法发明专利的权利人。该专利独立权利要求书的基本内容为：饰面竹胶模板的制造方法，其特征在于其步骤，包括：1. 准备和制胚料，包括竹帘和编制席，饰面的纸或木质单板、三夹板杂料；2. 胚料浸胶，并起池淋干或低温烘干，饰面材料表面上胶；3. 组坯上机，按设计要求进行单层或多层组坯上机，每层的坯料纵横均匀交叠，垫板表面处理光洁，其四周加设 8mm 定厚块板，并在热压机上安装该定厚块板控制厚度；4. 热压定型固化，在低于温度 80℃条件下将坯料送入压机，在升温到 140—150℃和压力 35—45Mpa 条件下保持 10—18 分钟充分固化，而后冷却，降至温度 80℃以下时卸板；5. 锯边及后处理。

2009 年 6 月 30 日，原告通过浙江省某公证处，对存放在某进出口有限公司 100 块型号为 1220mm×2440mm×12mm 的竹胶模板进行了查看，并封存了小样。某进出口有限公司出具说明，证明该货物是由被告于 2009 年 6 月 18 日提供。

2009 年 7 月 7 日，原告向法院起诉，认为被告生产、制造并销售给某进出口有限公司的竹胶模板的制造方法与原告享有的发明专利所采用的生产方法必要技术特征等同，故被告的生产制造、销售行为构成专利侵权。原告

* 罗云，东华理工大学毕业，专业从事知识产权、民商事领域法律实务研究，浙江泽大律师事务所专职律师。

还认为,被告在2001年2月15日开始生产制造、销售专利侵权产品竹胶模板,至今已有7年之久。

原告请求人民法院:1. 判令被告立即停止生产制造、销售落入饰面竹胶模板制造方法专利保护范围产品的行为;2. 判令被告立即赔偿原告经济损失某某万元;3. 判令被告立即赔偿原告因调查、制止侵权所支付的合理费用。

被告辩称:1. 涉案方法发明专利为非新产品方法发明专利,不符合举证倒置之规定。应遵循"谁主张,谁举证"的一般原则,原告根本未提供任何证据证明被告利用涉案专利方法制造了被控侵权产品,因此原告应承担举证不能的不利后果。2. 原告指控被告的制造方法与涉案专利方法等同,没有任何事实依据。

争议焦点

争议焦点一:被告生产制造饰面竹胶模板的方法是否落入了涉案专利的保护范围。

原告认为,被告生产制造、销售的竹胶模板的方法与涉案方法发明专利的必要技术特征相等同,侵犯了原告的专利权。原告这一主张的证据是公证处封存的被告生产制造的竹胶模板实物。被告向法院提交了涉案专利文档,证明被控侵权产品既缺少涉案专利的必要技术特征,也与涉案专利的必要技术特征不等同。因此,被告生产制造饰面竹胶模板的方法并未落入涉案专利的保护范围,不构成侵权。

争议焦点二:非新产品方法发明专利的举证责任。

被告主张,涉案方法发明专利为非新产品方法发明专利,不符合举证责任倒置之规定。对于非新产品的方法发明专利,应遵循"谁主张,谁举证"的一般原则,由原告举证证明被告侵犯了涉案专利权。但原告根本未提供任何证据证明被告利用涉案专利方法制造了被控侵权产品,应承担举证不能的不利后果。

审理判决

法院经开庭审理,认为:

一、判断被控侵权方法是否落入涉案专利权的保护范围,应在涉案专利权的权利要求所描述的方法与被控侵权方法之间进行比对,即比对被控侵权方法所具备的技术特征与权利要求所描述的专利方法的技术特征。如果

被控侵权方法的技术特征完全覆盖了涉案专利独立权利要求的全部必要技术特征，则被控侵权方法落入了专利权的保护范围。本案中，经本院对被控实物查看并与涉案专利权利要求的内容比对和当事人的陈述，二者至少存在以下不同：专利具有其四周加设 8mm 定厚块板的特征，被告生产产品的厚度是 12mm，显然缺乏与 8mm 定厚块板的对应性，即不具备专利的上述特征。根据全面覆盖的侵权判断原则，被控产品采用的技术与专利必要技术特征存在上述区别，其余必要技术特征诸如温度、压力等是否相同或等同尚待原告的进一步证明。因而根据现有的证据，不能认定被控方法落入专利权的保护范围。原告指控被告采用与专利等同的方法缺乏事实依据，不予支持。

二、关于举证责任的问题。原告指控被告侵权，应当提供被告制造饰面竹胶模板的方法落入其发明专利权保护范围的证据，然原告没有提交有效的证据证明之。根据"谁主张，谁举证"的民事诉讼规则，原告应当承担举证不能的不利后果。

据此，法院判决驳回原告的诉讼请求。

经典评析

本案涉及专利侵权案件必须认定的问题，即被控侵权产品或侵权方法是否落入了专利权的保护范围。同时，由于本案是方法发明专利侵权纠纷，因此还涉及理论界争议比较大的一个问题，即方法发明专利侵权案件的如何举证。方法专利侵权诉讼举证责任的分配是司法实践的难题。虽然《专利法》规定对新产品制造方法实行举证责任倒置，但对其适用的条件、新产品的认定以及非新产品方法专利权的有效保护等问题，在司法实践中仍有争议。

本文，笔者将围绕本案的两个争议焦点，展开阐述专利侵权判定原则和方法发明专利的举证责任。

争议焦点一：被告制造饰面竹胶模板的方法是否落入了涉案专利的保护范围

判定被控侵权产品或方法是否落入涉案专利的保护范围的步骤是：先确定涉案专利的保护范围，再将被控侵权物的技术特征与涉案专利的保护范围比较，来看前者是否落入后者的保护范围，从而得出是否构成侵权的结论。对是否落入涉案专利的保护范围存在两种比较标准，即全面覆盖理论和等同侵权理论。

首先,被控侵权产品的制造方法,缺少了涉案专利方法的必要技术特征,根据全面覆盖原则,被告并未侵犯原告的专利权。

《专利法》第56条规定:“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求。”该条即为我国关于专利侵权判定的最基本的原则和法律依据,学术界称之为“全面覆盖原则”。根据该条规定,专利侵权案件中,在进行专利侵权判定时,首先应当将被控侵权产品的技术特征与被侵权专利技术的技术特征相对比,如果被控侵权产品的技术特征覆盖了被侵权专利技术的全部必要技术特征,侵权成立。反之,如果被控侵权产品的必要技术特征并没有完全覆盖被侵权的全部必要技术特征,并且根据等同原则和多余指定原则,仍不能确定被控侵权专利产品的所有必要技术特征可以完全覆盖被侵权专利技术的,则侵权不成立。

根据涉案专利权利要求书的描述:“一种饰面竹胶模板的制造方法,其特征在于其步骤,包括:……3. 组坯上机,按设计要求进行单层或多层组坯上机,每层的坯料纵横均匀交叠,垫板表面处理光洁,其四周加设8mm定厚块板,并在热压机上安装该定厚块板控制厚度;……”涉案专利方法包括8mm的定厚块板这一必要技术特征,用来控制竹胶模板的厚度。而被告的生产方法,并未使用定厚块板,而是根据压力和温度来控制竹胶模板的厚度。所以,被告的制造方法缺少了涉案专利技术的必要技术特征即定厚块板。因此,依据全面覆盖原则,被告的生产制造方法并未落入涉案专利的保护范围。

其次,被控侵权产品的制造方法与涉案专利方法既不相同也不等同,被告不构成侵权。

涉案专利权利要求书描述:“一种饰面竹胶模板的制造方法,其特征在于其步骤,包括:……3. 组坯上机,按设计要求进行单层或多层组坯上机,每层的坯料纵横均匀交叠,垫板表面处理光洁,其四周加设8mm定厚块板,并在热压机上安装该定厚块板控制厚度;……”而被控侵权产品的厚度是12mm。显然,8mm与12mm根本就不相同。

那么8mm与12mm是否等同,即涉案专利权利要求书限定的8mm定厚块板是否能保护12mm定厚块板的产品呢?

笔者认为:原告在专利申请文档中,为使涉案专利具备创造性而对涉案专利的权利要求书做了修改,将专利方法的必要技术特征定厚块板限定为8mm。原告对其权利要求的技术特征作出限制性修改,依据禁止反悔原

则，本案不应当再适用等同原则而扩大专利权的保护范围，即涉案专利权利要求书限定的 8mm 定厚块板不能保护 12mm 定厚块板。

原告的专利申请文档显示：原告在 1998 年申请涉案专利时，其权利要求书这样描述："本发明饰面竹胶模板的制造方法，其特征在于其步骤，包括：……C)组坯上机：按设计要求进行单层或多层组坯上机，每层的坯料纵横均匀交叠，垫板表面处理光洁，并在热压板上安装定厚块板控制厚度……"显然，此时原告根本未将定厚块板限定为 8mm。

在涉案专利进入实质审查程序之后，审查员第一次审查时，认为涉案专利申请不具有创造性。原告对该审查意见做了《意见陈述书》，并修改了权利要求书。但是这次修改，并没有对定厚块板的厚度进行限定。审查员根据原告第一次陈述意见，做出了《第二次审查意见通知书》，认为涉案专利申请不符合《专利法》第 26 条第 3 款，不具有创造性，要求原告作出陈述。原告在此次意见陈述中，将涉案专利权利要求书修改为："本发明饰面竹胶模板的制造方法，其特征在于其步骤，包括：……C)组坯上机：按设计要求进行单层或多层组坯上机，每层的坯料纵横均匀交叠，垫板表面处理光洁，并在热压板上安装 8mm 定厚块板控制厚度……"很显然，原告为使得其专利获得授权，修改了其权利要求书，将定厚块板限定为 8mm。这当然就排除了被告所生产的 12mm 厚度的竹胶模板。

而在本案中，原告认为被告生产的 12mm 厚度的竹胶模板与 8mm 厚度的竹胶模板制造方法等同，实质上是对涉案专利的权利要求做了扩大性解释，违反了禁止反悔原则。

笔者认为，原告在专利申请过程中，对涉及专利技术创造性的有关修改应当是审慎、严谨的，其对专利权保护范围的限制性陈述明晰地界定了权利的范围，而且该权利范围对社会公众是公开的。如果允许原告对其选择确定的权利保护范围再次作出扩大性解释，社会公众的权利界限将失去稳定性而产生权利、利益失衡的不良后果，有悖社会公平。所以，在适用禁止反悔原则的情况下，本案不应当再适用等同原则而扩大专利权的保护范围。

此外，被告产品的制造方法中温度控制在 90—100 摄氏度，并未落入涉案专利的必要技术特征 140—150 摄氏度的范围之内；压力控制在 13—15 兆帕，并未落入涉案专利的必要技术特征 35—45 兆帕范围之内。被告的制造方法利用比涉案专利低得多的温度和压力，同样能生产质量更高的产品，显然与涉案专利相对应的特征并不等同。

法院判决认为："专利具有其四周加设 8mm 定厚块板的特征，被告生

产产品的厚度是12mm,显然缺乏与8mm定厚块板的对应性,即不具备专利的上述特征。"实质上,这也是适用了禁止反悔原则,认定对8mm定厚块板这一技术特征不能扩大解释,保护12mm厚度的产品,并据此认定被告不构成侵权。

争议焦点二:方法发明专利的举证责任

在方法发明专利侵权案件中,一般适用"谁主张,谁举证"的一般原则,而依据《专利法》第五十七条第二款之规定,新产品的方法发明专利举证应适用举证责任倒置原则。

本案中,涉案方法发明专利为非新产品方法发明专利,不符合举证责任倒置之规定。所以,对于非新产品方法专利侵权的举证应当遵循"谁主张、谁举证"的一般原则,而原告根本未提供任何证据证明被告利用涉案方法专利制造了被控侵权产品,仅凭被告生产制造的产品与原告使用涉案专利方法直接获得的产品相同,就主张被告侵犯其专利权,根本不能成立。因此,原告应承担举证不能的不利后果。

首先,涉案方法发明专利并非新产品的方法发明专利,不适用举证责任倒置原则。

根据《中华人民共和国专利法》第五十七条第二款"专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的,制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明"之规定,"新产品"才是适用举证责任倒置原则的前提。而本案中,涉案专利技术并非新产品制造方法发明专利,且原告也未提供证据证明其为新产品方法发明专利,因此,本案不适用举证责任倒置原则。这是因为:

其一,根据涉案方法专利说明书的背景技术描述,"饰面竹胶模板"早在1992年就已出现,采用的是两次成型方法,而涉案专利对两次成型方法改进为一次成型方法。所以,涉案专利技术制造的产品并非新产品,涉案专利并非新产品的方法发明专利。

其二,依据《专利法》第五十七条第二款规定,适用举证责任倒置原则是有前提的,即仅在专利侵权纠纷涉及新产品的制造方法的发明专利时方可适用。也就是说,实行举证责任倒置原则,原告首先要证明被告生产的产品与自己依照专利方法直接获得的产品属于同样的产品,同时还要说明依据自己的专利所直接获得的产品是一项新产品。在原告完成初步举证之后,才能适用举证责任倒置,由被告举证证明其生产同样产品的方法与涉案专利方法不同。原告须对"新产品"作出充分说明,使法官相信依照专利方法

直接获得的产品在国内市场上未曾出现过。此时举证责任才转移给被告，若被告能够证明原告产品并非新产品，则被告产品制造方法的举证责任仍由原告负担；若被告不能提供相反证据时，则推定事实成立，被告对其产品的制造方法承担举证责任。

但在本案中，原告根本没有对"新产品"进行说明或进行初步举证证明，且通过涉案专利说明书关于背景技术的描述，已经可以确认涉案方法发明专利并非新产品发明专利。因此，本案不适用举证责任倒置原则。原告应对其主张进行举证，证明被告侵犯其专利权。

其次，涉案方法发明专利为非新产品方法发明专利，应当遵循"谁主张、谁举证"的一般原则，而原告根本未提供任何证据证明被告利用了涉案方法专利制造了被控侵权产品。因此，原告应承担举证不能的不利后果。

其一，原告证明被告侵犯其专利权的唯一证据是被告生产的竹胶模板实物。由于实现同一结果的途径并非只有一条，制造同样产品的方法并非只有一种。所以，该证据也只能证明被告与原告生产了同样的产品，并不能证明被告使用了原告的专利方法。原告仅凭被告生产并销售的产品与涉案方法发明专利直接获得的产品相同来主张被告侵权，显然是凭空臆断，没有任何事实依据。

其二，原告向法院申请证据保全，却根本没有提供被告涉案侵权的初步证据，因此，其申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中关于申请法院调查取证的条件。

由于方法专利是对加工方法、制造工艺、测试方法或产品使用方法等作出的发明，因此方法的使用总是在产品的制造过程中进行的，要求权利人进入生产现场进行调查，取得被控侵权人实施专利方法的证据几乎是不可能的。因此，专利权人往往采取申请法院证据保全的策略，由法院去被控侵权者的生产现场进行保全取证，来弥补非新产品方法专利权人举证能力的不足。

本案中，原告也向法院申请证据保全。但是，原告忽略了法院调查取证的前提，即原告应提供被告可能侵权的初步证据，如证人证言、被告的公开陈述、被告利用原告专利方法的可能性等。只有在法院认为原告的初步证据足以产生对被告行为的合理怀疑时，才可能准许原告的调查取证申请。而原告根本未提供被告涉嫌侵权的初步证据。因此，笔者认为不能仅凭原告的主观猜测而申请法院采取调查措施，这是对司法资源的严重浪费。事实上，由于原告没有提供被告侵权的初步证据，法院也未准许原告调取证据

的申请。

据此,原告根本没有举证证明被告侵犯其方法发明专利权,应承担举证不能的不利后果。

网站应对其频道的侵权行为承担责任

——原告ZY音像制品有限公司诉被告GF股份有限公司某分公司侵犯著作权纠纷一案评析

黄伟源*

案情简介

原告:ZY 音像制品有限公司(下称 ZY 公司)

被告:GF 股份有限公司某分公司(下称 GF 公司)

原告 ZY 公司对电影作品《某某某某》享有独家信息网络传播权、电视播映权、音像制品发行权等权利。未经 ZY 公司的授权许可,任何单位都不得在其创办的网站上对电影作品《某某某某》进行在线播放或下载。GF 公司在未征得 ZY 公司许可的情况下,在其经营的网站温州热线下的"快乐GT 频道"提供电影作品《某某某某》在线视频点播业务。ZY 公司 2007 年 6 月发现 GF 公司的侵权行为后,委托公证处前往温州市某处民宅进行了证据保全,并曾发函要求停止侵权、进行赔偿未果。2009 年 3 月 6 日 ZY 公司委托代理人向法院起诉,要求被告 GF 公司停止侵权并赔偿损失及维权费用 10 万元。

为证明自己的主张,原告在举证期限内向法院提交了如下证据:1. 电影作品《某某某某》著作权登记证书(国家版权局,自愿登记);2. 电影作品《某某某某》发行权证明书;3. 电影作品《某某某某》的正版光盘;以上证据 1 至证据 3 用以证明 ZY 公司对电影作品《某某某某》享有著作权。4. 某公证处所作的被告侵权公证书及补充公证书;证据 4 拟证明 GF 公司通过互联网实施侵权行为的事实,该服务提供商为 GF 公司经营的"温州热线",GF 公司在自己的网站上播放涉案电影,并收取费用。5. 民事判决书,拟证明温州热线是 GF 公司经营的事实。6. GF 公司工商登记基本情况,拟证明

* 黄伟源,男,浙江六和律师事务所专职律师。

GF公司的主体资格。

被告GF公司辩称:一、本案侵权主体与GF公司无关,GF公司不是适格的主体。GF公司只是在温州热线上提供了"快乐GT"的链接,"快乐GT"的网站经营者不是GF公司,GF公司不对该网站的经营行为负责。二、GF公司只提供一个平台给"快乐GT"使用,GF公司不能对"快乐GT"网页的实质内容进行实时修改;三、ZY公司从未向GF公司发出侵权通知,GF公司作为网络服务提供商,对通知前的链接行为不承担责任;四、ZY公司要求赔偿10万元没有事实和法律依据。GF公司未提交证据,对ZY公司提交的证据4、5均提出异议。

争议焦点

1. 在国家工业与信息化部IP/ICP地址域名信息备案管理系统备案的网站的主办单位能否直接认定为侵权主体;

2. 网站应否对其下属的相关频道的侵权行为承担责任;

3. 在公证处以外的场所进行的网络证据保全公证能否直接以程序违法确定其为无效公证。

审理判决

经审理,法院认定,GF公司于2008年2月18日经核准,由某某有限公司某市分公司变更而来。GF公司确认,温州热线网站IP/ICP地址域名信息备案系由其进行,温州热线网站备案的主办单位名义为"某某责任有限公司某市分公司"。2007年6月1日,ZY公司委托公证处取证时所查的与2008年7月10日法院之前另案审理时所查的IP/ICP备案信息是一致的,都显示是由GF公司为主办单位,因此可以确定侵权行为发生时GF公司为温州热线的网络内容提供商,应当对侵权行为承担法律责任。

法院认为,《中华人民共和国著作权法》第十五条规定,电影作品的著作权由制片者享有。《中华人民共和国著作权法》第十条规定著作财产权包括信息网络传播权等,信息网络传播权即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利;著作权人可以许可他人行使信息网络传播权。在本案中,中国香港影业协会出具的《发行权证明书》及国家版权局出具的著作权登记证书证明ZY公司经制片者授权取得了电影作品《某某某某》在中国大陆地区的独家电视播映权、信息网络传播权等,其权利依法受到保护。"快乐GT"的网址为http://klgt.wz16300.com,属于温州热线(域名为wz16300.com)中的一部分,温州热线

网站所有者应当对其网站下属的"快乐 GT 频道"承担责任,GF 公司提出的"GF 公司只是在温州如诶诶你上提供了'快乐 GT'的链接,'快乐 GT'的网站经营者不是 GF 公司"的抗辩,本院不予采纳。GF 公司未经 ZY 公司许可提供在线播放电影《某某某某》服务,该行为构成对 ZY 公司信息网络传播权的侵犯。GF 公司作为该行为发生时温州热线登记备案的 ICP 单位(网络内容提供商),应对该行为承担法律责任。GF 公司在庭审中所称的其只是温州热线的代为备案者,与其"GF 公司只是在温州热线上提供了'快乐 GT'的链接"的意见相悖,且其亦未提供相应的有效证据予以证明,本院对其该项抗辩理由不予采纳。

根据《中华人民共和国著作权法》第四十七条第(一)项规定,未经著作权人许可,复制、发行、表演放映、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的,应当承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。由于目前温州热线上已经不存在电影《某某某某》在线播放的事实,故再判令 GF 公司停止侵权已经没有必要。《中华人民共和国著作权法》第四十八条规定:"侵犯著作权或者与著作权有关的权利,侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五十万元以下的赔偿。"对于本案赔偿数额,由于 ZY 公司的损失、GF 公司的违法所得难以确定,本院考虑到电影《某某某某》的演员阵容等带来的电影受欢迎程度、可观赏性相对较高;GF 公司也是在该电影公映之后两年多的时间才通过网络向公众传播,其收视率相对而言会不如当时热播电影高;温州热线的受众限于温州地区的电信用户;电影寰亚公司为调查 GF 公司的侵权行为申请公证,并聘请律师代理诉讼,需要支出一定的费用;GF 公司向公众提供这一电影时设定了充值才可观看的条件,相当于收取了一定的费用,其因此取得了一定的经济效益等因素,酌情确定为 4 万元。

判决:被告于本判决生效之日起十日内赔偿原告经济损失 4 万元。

判决后,GF 公司向法院提起了上诉,请求撤销一审民事判决书,驳回 ZY 公司的诉讼请求。理由如下:一、原审认定证据错误,原审原告提供的公证书不仅多处违反公证法律之规定,而且不足以证明公证行为发生于互联网环境之中,依法不能作为定案依据。二、原审判决认定事实错误,温州热线的 ICP 备案不是 GF 公司,且"快乐 GT"实际经营人亦非 GF 公司。三、原审判决赔偿数额过高。为支持其诉请,GF 公司提交了如下证据:

1. 工商登记情况,用于证明上诉人的名称与温州热线的备案主体的名称是不同的;2. 公证书,用以证明 www. wz. zj. cn 及 wz16300. com 的备案情况;3. 域名注册证书,用以证明 wz16300. com 及快乐 GT 的域名注册情况;4. 最高人民法院法院知识产权 2008 年度报告、裁判文书,用于证明被上诉人 ZY 公司所做公证不合法,不能作为定案依据。

该案件最终在二审法院法官的主持下双方达成了和解协议,GF 公司撤回上诉。

经典评析

在本案中,双方对于原告经授权对涉案电影作品享有的完整的著作权没有争议。在影视作品的著作权维权司法实践中,影视作品的制片者或者说原始著作权人很少会自己去维权,一般都是各合作拍摄方授权一家公司去维权,或由这家公司再授权专业的公司或者机构去维权,相关权利人在出具授权书或者著作权转让协议时由于法律意识不强或者用词不够严谨,往往导致被授权方的权利存在一定的瑕疵,故往往在此类案件中被侵权方作为答辩重点进行突破,甚至会因此被法院认定原告不具有相关权利。

在没有相反证据的前提下,网站的主办单位应当以国家工业与信息化部 IP/ICP 地址/域名信息备案管理系统登记的信息为准。

网站备案是根据国家法律法规需要网站的所有者向国家有关部门申请的备案,现在主要有 ICP 备案和公安局备案。根据中华人民共和国信息产业部第十二次部务会议审议通过的《非经营性互联网信息服务备案管理办法》精神,在中华人民共和国境内提供非经营性互联网信息服务,应当办理备案。未经备案,不得在中华人民共和国境内从事非经营性互联网信息服务。而对于没有备案的网站将予以罚款和关闭。工业与信息化部提供的备案系统是比较权威的,除非有明确的证据证明其被他人恶意备案,否则只能以该登记信息为准。一个网站的经营主体除依据工信部的 ICP 备案外,还可通过国家广电总局颁发的《信息网络传播视听节目许可证》、文化部颁发的《网络文化经营许可证》及相关权威域名登记机构提供的域名查询来确定。

网站下属的相关频道即子域名或二级域名,二级域名是顶级域名(一级域名)的下一级,域名整体包括两个"."或包括一个"."和一个"/"例如"www. * * * * . cn"、" * * * * . 000. cn "和"www. * * * * . cn/link. htm "。父域名的下一级,就是我们所说的子域名。比如 * * * * . net 属

于父域名，www. * * * *. net 或者 00. * * * *. net 属于其子域名，最常用的子域名是 www. * * * *. net。二级域名（子域名）都是受一级域名（父域名）控制的，二级域名其实就是一级域名的一部分，并非普通意义上的“链接”，对于二级域名的行为一次域名的持有人应当负责。因此，网站的主办单位应当对其下属的使用同一域名的相关频道的侵权行为承担责任。

2009 年初最高人民法院知识产权审判庭作出了《最高人民法院知识产权案件年度报告(2008)》，其中第 7 个案例中认定：“对于当事人提供的相关公证证据，人民法院在必要时可以根据网络环境和网络证据的具体情况，审查公证证明的信息是否来自于互联网而不是本地电脑，并在此基础上决定能否作为定案依据。因在技术上确实存在可以预先在本地电脑中设置目标网页，通过该电脑访问互联网时，该虚拟的目标网页与其他真实的互联网页同时并存的可能性，当公证行为是在公证以外的场所进行，公证所用的电脑及移动硬盘在公证之前不为公证员所控制，且公证书没有记载是否对该电脑进行清洁的情况下，此类公证虽能证明在公证员面前发生了公证书记载的行为，但不能足以证明该行为发生于互联网环境之中。”本案所涉及的证据保全公证书也属于在公证场所以外使用非公证机构提供的电脑进行的情况，也存在取证前未对公证所使用的电脑进行清洁的情况，这就要求法院从其他方面来审查公证事实的真实性，如本案中 GF 公司的代理人在庭审中并未否认温州热线网站的这种侵权行为，之前生效判决对同一公证书所涉及的另一部影视作品的侵权行为进行了认定，一审法院综合审查上述事实后对本案所涉及的公证书所证明的事实给予了认可。

随着计算机网络技术的不断更新与发展，对网络著作权的维权提出了更高的要求，对法院对于相关公证书所证明事实的审查与判断能力也提出了挑战。就公证处以外的场所所进行的公证行为，笔者认为，对其公证所证明的事实应当从以下几个方面综合判断：

1. 公证所使用的电脑及移动硬盘是否为公证员所控制，也就是说是使用的是公证人员的电脑与移动硬盘还是申请人代理人的电脑与移动硬盘；

2. 公证程序中有否检查电脑接入互联网的程序；

3. 公证程序中是否对电脑与移动硬盘进行了清洁性的检查，也就是说是否有删除电脑历史记录的操作步骤；

4. 对公证过程全程摄录的光盘过程是否与公证书中所记载的过程相一致；

5. 被控侵权网站有否以口头或书面形式作出过对侵权指控是否承认

的意思表示;

6. 被控侵权网站对于网络侵权公证书证据的真实性是否认可的意思表示;

7. 是否有其他证据来证实侵权公证书所记载的侵权行为的真实性。

从上述几个方面综合分析,如果公证行为虽系在公证处以外的场所进行,但是如果使用的是公证员的电脑与光盘,公证人员也已经确认接入了互联网,应当认定公证记载的事实真实;或者因公证场所并非公证处及公证所使用的电脑也非公证员所控制的原因,导致公证书所记载的内容不足以证明是发生在互联网中,但是,如被控侵权人对于这份公证书没有异议;或虽有异议,但有其他证据表明被控侵权人承认了侵权行为的,应当认定侵权行为成立。对于被控侵权网站没有异议的侵权公证证据,人民法院不应主动进行审查,也不应对此证据的证明力与否进行阐明,应当直接认定其具有证明力。



服装知识产权保护法律问题研究

——A服装公司诉杭州某服装有限公司商标、专利侵权系列纠纷案评析

黄卫红*

案情简介

原告A服装公司是杭州市著名女装企业，拥有“甲”、“乙”等注册商标专用权。A公司为加强服装知识产权保护，对公司设计完成的众多款式的服装，依法向国家知识产权局申请外观设计专利并取得专利权。2006年7月，A公司调查发现，被告杭州某服装有限公司在其公司范围内举行秋冬产品全国客商订货会上，将十多件A公司的服装上的“甲”、“乙”商标标识更换成被告的商标后展示销售；另外，被告在订货会上展示销售的大部分秋冬服装款式均是仿冒A公司享有外观设计专利权的服装而制造的。针对被告侵犯A公司商标权、专利权的违法行为，A公司向当地工商部门投诉，一批侵权产品被当地工商部门依法查扣。随后，A公司以被告侵犯其商标权及外观设计专利权为由向法院申请证据保全并提起民事诉讼，要求被告立即停止侵权行为，赔礼道歉并赔偿经济损失。

在案件审理过程中，被告对原告依法取得的服装外观设计专利向国家知识产权局专利复审委员会提起“专利无效宣告申请”。一审法院因此对专利侵权案件中止审理。国家知识产权局专利复审委员会对被告提起专利无效申请的案件依法进行了审理，最终专利复审委员会作出维持原告专利权有效的裁定。在历经近6个月后，一审法院恢复专利案件的审理。一审法院经开庭审理后判决认定被告侵犯A公司商标专用权及被告制造的4件服装侵犯江南布衣公司专利权的侵权行为成立，从而判令被告停止侵权，并赔偿8.2万元的经济损失。一审判决后，被告不服一审判决提起上诉，二审

* 黄卫红，男，浙江国圣律师事务所专职律师。

开庭前杭州某服装公司自动撤回其上诉。

争议焦点

一、如何确定服装的专利权保护范围,以及如何比对评定享有专利权的服装产品和被控侵权产品相同或相近似,本案被告侵犯原告外观设计专利权的行为是否成立。

二、在订货会上展示、销售服装产品是市场销售行为还是许诺销售行为。

审理判决

本案是因被告侵犯原告商标权、专利权而分案立案但合并审理的系列知识产权侵权纠纷案件,一审法院针对被告不同的侵权行为作出下述判决。

针对被告侵犯商标权的诉讼案件,一审法院认定原告依法取得"甲"、"乙"注册商标专用权并处于保护期内,同时原告拥有的"甲"、"乙"注册商标已取得一定的社会荣誉。原告提供的被控侵权服装是工商部门在被告举办订货会时依法查扣取得的,而且被控侵权服装带有原告"甲"注册商标标识或商标简写,在没有反证的情况下,可以认定系 A 公司生产制造的服装。而且被告明确表示被控侵权的服装并非其生产制造,但服装上缝制的商标标识(唛头)上和吊牌上均有被告的商标和公司名称。据此,可以认定争议的被控侵权服装的商标是被告将 A 公司的"甲"注册商标更换成被告的商标。根据被告向工商部门的陈述,其在公司内举办的服装订货会是邀请全国各地的服装经销商前来看样、订货,被告在订货会上展示销售服装的行为是一种市场销售行为。根据《中华人民共和国商标法》第五十二条规定"有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(四)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的……",一审法院因此判令被告侵犯商标权的侵权行为依法成立,同时判令被告赔偿原告经济损失和制止侵权支出的合理费用共计 5 万元。但对于原告请求赔礼道歉的诉讼请求,一审法院认为该请求是人身权受到侵害时的救济方式,由于该案中原告未提供相应证据证明其人身权或者商誉受到损害,因此对该项诉请不予支持。

针对被告侵犯专利权的诉讼案件,一审法院认定被控侵权服装是被告生产制造的,并且原告提供的被控侵权产品是工商部门在被告举行订货会时依法查扣取得的,而此次举办服装订货会是被告邀请全国各地的服装经销商前来看样、订货,被告在订货会上展示销售服装是一种市场销售行为。

一审法院根据不同专利号的服装和相对应的被控侵权服装经庭审对比，认为被控侵权的服装在色彩、整体外形、要部设计特征均与涉案专利服装相同或相近似，容易使普通消费者产生混淆而误认为是外观设计专利产品，故应视为被控侵权服装已落入涉案专利的保护范围，侵犯了原告的专利权。《中华人民共和国专利法》第十一条规定："……外观设计专利权被授予后，除本法另有规定的除外，任何单位和个人未经权利人的许可，都不能实施其专利，即不得为生产经营目的制造、销售、进口其外观设计专利产品。"法院适用《中华人民共和国专利法》第六十条和最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十一条规定的法定赔偿方式确定赔偿数额。据此，法院判决被告立即停止侵权，每件专利产品赔偿八千元。本案是关于服装专利侵权的诉讼判决，是法院较早对服装行业普遍存在的"抄款"现象作出的判决。该案的判决结果对知名服装公司探索如何进行知识产权保护是具有重大借鉴意义的。

经典评析

本案在服装行业中具有典型的代表意义。因为在服装行业中，国际、国内知名服装品牌的商标被假冒，或款式被抄袭是十分普遍的现象。一些知名品牌的服装，新的款式刚上市，随即在市场上就会出现其他品牌或者根本没有品牌的同样服装。这些傍名牌的行为严重扰乱了服装市场秩序和品牌发展。杭州被誉为"中国女装之都"，杭州知名女装品牌公司同样也面临服装款式被抄袭的难题，如何保护服装的知识产权一直是一些知名服装公司探索的问题。然而，服装知识产权的侵权诉讼在浙江甚至国内，均极为少见。本诉讼案件是法院较早对服装行业比较普遍存在的"抄款"现象做出的判决，该案例被列入某市法院 2006 年度十大知识产权典型案例。就上述原告与被告商标和专利侵权系列纠纷案件涉及的法律问题，笔者作如下分析意见：

一、申请注册商标保护是保护服装知识产权的基本保护方法，也是发展服装品牌的首要条件，知名服装品牌的注册商标被侵害是常见的侵权行为

判断商标侵权行为是否成立，适用的法律依据主要是《中华人民共和国商标法》第五十二条的规定："有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（二）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

(三)伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;(四)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的;(五)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。"在本案中,被告将原告的商标标识擅自拆除并贴上被告的商标并在订货会上使用,其行为明显违反了《商标法》的规定,法院判定被告侵犯原告商标权的侵权行为成立是正确的。

二、对服装申请外观设计专利权,服装公司以此来保护服装的知识产权是较新颖的一种保护方式,但服装与其他商品相比较,其外观设计专利权具有一定的独特性,其特征表现在以下几方面

1. 根据新修订的《专利法》第二条第三款的规定:"外观设计,是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。"服装的构成要素包括款式造型、色彩、材料、结构与工艺。服装构成要素的有机结合与互动,涉及人体工程学、服装造型设计学、服装色彩学、服装材料学、服装美学等学科,是个多元化的空间。因此,服装符合外观设计专利的基本法律要求,以获取外观设计专利权的方式来保护服装知识产权是行之有效的法律途径。

2. 服装外观设计专利的保护范围要根据外观设计专利证书记载的内容做具体判定。一般来说,在对服装申请外观设计专利权时,申请人要根据专利法及实施细则的相关规定在权利申请书中做详细的说明,要对服装的的图片、文字说明、特别保护要求等内容做详细的陈述。新修订的《专利法》第二十七条规定:"申请外观设计专利的,应当提交请求书、该外观设计的图片或者照片以及对该外观设计的简要说明等文件。申请人提交的有关图片或者照片应当清楚地显示要求专利保护的产品的外观设计。"新修订的《专利法实施细则》第十六条规定:"发明、实用新型或者外观设计专利申请的请求书应当写明下列事项:……(八)附加文件清单;(九)其他需要写明的有关事项。"第二十七条规定:"申请人请求保护色彩的,应当提交彩色图片或者照片。申请人应当就每件外观设计产品所需要保护的内容提交有关图片或者照片。"第二十八条规定:"外观设计的简要说明应当写明外观设计产品的名称、用途,外观设计的设计要点,并指定一幅最能表明设计要点的图片或者照片。省略视图或者请求保护色彩的,应当在简要说明中写明。"

根据上述法律法规的规定,申请人如果欲将其设计生产的服装申请外观设计专利,除了要了解详细的专利申请要点外,还必须要对申请保护的服

装设计要点、服装风格、服装材料和服装美感等内容具有独特的理解，这样才真正体现出服装的独特风格和所要表达的一种品牌理念，以至于其他人难以模仿，一旦出现仿冒的服装，也能够轻易地发现被控侵权服装蕴含了专利服装的显著特征。

3. 服装外观设计专利权保护具有严重的滞后性。众所周知，服装的色彩、款式、面料都具有很强的流行性，女装更是如此，一款服装在推出当年也许很受消费者的喜爱，但到了第二年消费者却并不一定还会喜欢，服装的专利保护期限尽管有十年，但服装的生命周期往往只有半年，有的甚至只有两到三个月的时间。根据我国法律规定，申请外观设计专利，审批时间至少要半年以上。在此情况下，申请外观设计专利保护的服装，在申请人取得专利证书前，这些服装早已被一些无设计能力的服装企业抄袭仿冒，不法企业往往靠抄袭知名品牌服装的款式而快速进入市场，扰乱市场并赚取利润，专利权人将侵权者诉诸公堂的结果也只能接受“赢了官司丢了市场”的无奈结局。因此，我国法律法规对于服装、鞋帽、家具等具有明显时尚特征的产品，在专利申请以及审批时间上还需要做进一步的改善和提高，应该大大缩短专利审查批准的时限，否则，企业欲增强知识产权保护、扩大企业利润将很难使企业做更多的投入并长期坚持下去。长此以往，一些具有实力的服装企业也只能被迫接受服装行业内普遍存在的“抄款”现象，这显然制约了企业的创新发展。

三、关于销售和许诺销售的问题

对于许诺销售的法律定义，来自于最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十四条规定：“专利法第十一条、第六十三条所称的许诺销售，是指以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。”对外观设计专利产品，如商家存在许诺销售行为，根据旧的《专利法》规定是不视为侵权的，原《专利法》第十一条规定“……外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、销售、进口其外观设计专利产品”，显然许诺销售行为是排除在外观专利产品侵权行为之外的。

在本案专利侵权诉讼中，法院认为被告在其公司举办全国客商订货会上使用仿冒原告专利服装产品的行为是一种市场销售行为，而不是许诺销售的行为。其判定理由可能缘于两点内容：一是订货会是被告邀请其经销商前来看样和订货的场所，除了展示服装之外还是销售服装的场所，订货会

并不同于以广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会展示产品的方式;二是被告使用侵权服装的目的并不仅仅是用于展示或宣传,更重要的是让经销商来选择相应款式,下达订货订单,被告适用侵权服装明显具有销售服装的目的。因此,法院认定被告在订货会上使用侵权产品是一种销售行为应该是合理合法的。

值得一提的是,新修订的《专利法》第十一条规定:"……外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。"新专利法改变了旧专利法的规定,许诺销售行为不再是外观设计专利免责情形。新专利法与旧专利法比较而言,明显提高了外观设计专利权的保护强度,避免了专利权人因使用人的豁免而得不到应有的救济,从而更好地保护了专利权人的合法利益。

是咨询服务合同还是特许经营协议?

——某甲汉庭公司诉某丙公司特许经营纠纷案评析

王红燕*

案情简介

2004年6月,某甲汉庭公司原法定代表人在"速8"酒店加盟业务推广会上知晓某乙公司与某丙公司,从而开始商谈"速8"酒店加盟事宜。2005年8月,某甲汉庭公司成立。2005年9月29日,某甲汉庭公司与某乙公司签订《SUPER 8 HOTELS系统 单位系统协议(中国)》(下称《单位系统协议》),并与某丙公司签订《SUPER 8 HOTELS系统 单位服务协议》(下称《单位服务协议》)。

某乙公司与某甲汉庭公司签订的《单位系统协议》包含"除非另有说明,否则本协议中所有用语释义同单位服务协议"、"某乙公司许可某甲汉庭公司使用'SUPER 8 HOTELS'系统及'速8酒店'等标识,并提供预订系统服务及其他相应服务"、"1. 许可……;2. 你方改进和运营的义务……;2.5 培训。根据我方的系统标准,你方或你方的主要股东之一应参加指导项目……;5. 费用;5.1 初始咨询费……;5.2 特许费……;5.3 预订系统使用费……"及双方其他权利义务规定。《单位系统协议》的附件中规定:"续生咨询及运营费:指根据你方与某丙公司之间的单位服务协议向某丙公司支付的费用","单位服务协议:指你方与某丙公司之间的一份协议。"

某丙公司与某甲汉庭公司签订的《单位服务协议》包含"'某丙公司'有权依据主协议向某甲汉庭公司就设施以独特的'速8酒店'系统来经营提供服务"、"某丙公司对某甲汉庭公司提供'速8'酒店的管理培训、开业培训、周期培训等服务"、"某甲汉庭公司须向某丙公司缴纳申请费、续生咨询费及

* 王红燕,女,法学学士,主要从事知识产权、涉外并购、连锁经营法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

运营费”等双方权利义务的约定。

在两份协议签订后，某丙公司向某甲汉庭公司收取的所有费用，包括初始咨询费等费用均由某丙公司代某乙公司收取，并由某丙公司向某甲汉庭公司开具发票。

2007年6月18日，某乙公司发行了第三版“速8酒店”《连锁特许经营要约公告》，其中内容包括“文中所述”我们“和”我们的“代表某乙公司和某丙公司。”

在合同履行过程中，某甲汉庭公司从“速8酒店”的其他加盟店了解到，因“SUPER 8 HOTELS”系统所使用的商标标识未在大陆境内经合法注册，于2006年12月被当地工商部门处罚。为此，某甲汉庭公司即对某乙公司、某丙公司进行调查，发现某乙公司系一家外国公司，根据我国当时法律规定，无权在中国境内进行特许经营活动；被告某丙公司为外商投资企业，其经营范围中并无特许经营的内容，而在我国，外商投资特许经营属于限制经营的范畴。

在得知上述信息后，某甲汉庭公司认为某乙公司及某丙不具备特许经营资格却从事特许经营活动，于是向法院提起诉讼，诉称：某乙公司和某丙公司为规避中国法律，分别与某甲汉庭公司签订的《单位系统协议》及《单位服务协议》实质上是一份特许协议，其收取的初始咨询费即加盟费，收取的续生咨询费也就是管理费，某乙公司和某丙公司以表面看是合法的形式掩盖其非法经营的实质。因某乙公司与某丙公司不具有特许经营的资格，因此，两份协议无效，其向某甲汉庭公司收取的所有费用均无法律依据，应当返还；给某甲汉庭公司造成的损失亦应当赔偿。

某丙公司辩称：某甲汉庭公司与某丙签订的《单位服务协议》合法有效，某甲汉庭公司要求返还的初始咨询费和软件获取费是某丙公司受某乙公司委托代为收取的费用，与本案没有关联性；《单位服务协议》属于咨询服务合同性质，不涉及特许经营的内容，不违反法律规定；某丙公司未从事特许经营活动，某甲汉庭公司的主张是对合同内容及事实的歪曲；《单位服务协议》终止前，某丙公司与某甲汉庭公司履行了各自的义务，在履行过程中，某甲汉庭公司从未对合同的性质和双方约定的义务提出质疑，现要求返还，明显违背诚实信用原则。

争议焦点

一、某甲汉庭公司与某丙公司签订的《单位服务协议》是一份咨询服务合同，还是一份与某乙公司、某甲汉庭公司签订的《单位系统协议》合并构成一份完整的特许经营协议？

某甲汉庭公司认为，其与某丙公司之间签订的《单位服务协议》，虽然约定的是某丙公司向某甲汉庭公司提供培训服务等事项，但该协议与《单位系统协议》完全不可分割。理由如下：

(1)《单位系统协议》及附件多次提到《单位系统协议》与《单位服务协议》不可分割，如："除非另有说明否则本协议中所有用语释义同单位服务协议"、"续生咨询及运营费：指根据你方与某丙公司之间的单位服务协议向某丙公司支付的费用"、"单位服务协议：指你方与某丙公司之间的一份协议。"

(2)《单位系统协议》中约定的培训事项，就是《单位服务协议》中约定的某丙公司向某甲汉庭公司提供培训服务事项。《单位服务协议》中约定："某丙公司有权依据主协议向某甲汉庭公司就设施以独特的'速 8 酒店'系统来经营提供服务"等约定印证了该事实。

(3)某乙公司在特许经营活动中的行为与某丙公司的行为混同。某乙公司发行的第三版《连锁特许经营要约公告》中称"文中所述"我们"和"我们的"代表某乙公司和某丙公司"等内容，表明某乙公司与某丙公司行为混同，由此也可以印证《单位系统协议》与《单位服务协议》不可分割的事实。

(4)某丙公司向某甲汉庭公司收取《单位系统协议》、《单位服务协议》项下所有费用并开具发票的事实也可证明《单位服务协议》与《单位系统协议》密不可分。《单位系统协议》中约定了初始咨询费、特许费等费用，附件中约定"续生咨询及运营费：指根据你方与某丙公司之间的单位服务协议向某丙公司支付的费用"，同时《单位服务协议》也记载"你方同意在向我方支付初始咨询费、续生咨询费及运营费之日补偿我方就初始咨询费、续生咨询费及运营费应缴纳的营业税"。可见，某丙公司的权利即为某乙公司的权利的一部分，并由某丙公司收取《单位系统协议》、《单位服务协议》项下的包括初始咨询费、续生咨询费、软件获取费、会员费、保险费、培训费等在内的所有费用，而其中的初始咨询费、续生咨询费、保险费等费用约定在《单位系统协议》项下。

(5)《单位系统协议》和《单位服务协议》均签订于 2005 年 9 月 29 日，根

据当时适用的我国《商业特许经营管理办法》第二条的规定,商业特许经营,是指通过签订合同,特许人将有权授予他人使用的商标、商号、经营模式等经营资源,授予被特许人使用;被特许人按照合同约定在统一经营体系下从事经营活动,并向特许人支付特许经营费。第七条规定特许人应当具备下列条件包括拥有有权许可他人使用的商标、商号和经营模式等经营资源;具备向被特许人提供长期经营指导和培训服务的能力。第十条规定了特许人应当履行的义务包括为被特许人提供开展特许经营所必需的销售、业务或者技术上的指导、培训及其他服务。因此,经营指导和培训业务就是特许经营业务中不可缺少的内容,是特许人应当履行的义务,不能从特许经营活动中单独割裂出去。

某丙公司认为:《单位服务协议》合法有效,初始咨询费和软件获取费是某丙公司受某乙公司委托代为收取的费用,与本案没有关联性;《单位服务协议》属于咨询服务合同性质,不涉及特许经营的内容,是一份孤立的合同。

(1)根据《中华人民共和国商业特许经营管理条例》第 3 条的规定,商业特许经营是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业(即特许人),以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用,被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的经营活动。由此可见,特许经营的本质是将商标、商号等单个知识产权集合授权于被特许人使用。根据最高法院民事案由,特许经营纠纷属于知识产权的许可类纠纷,特许经营协议的本质是一种许可和授权。也就是享有经营资源的许可方根据协议授权给被许可方使用。而某丙公司并不拥有与 Super 8 品牌相关的注册商标、企业标志及专有技术等经营资源,因此,不存在从事特许经营的前提。

(2)"速 8"品牌为某丁集团所有,某乙公司获得了某丁集团的授权成为中国大陆、香港地区以及澳门区域的法定受许人,即速八品牌在中国区域的法定受许人即某乙公司,某乙公司获得某丁集团的授权享有速八品牌的经营资源,包括商标、标识、经营诀窍等。某丙负责酒店咨询服务与管理工作,某乙是中国大陆、香港地区以及澳门区域速八品牌的特许人,与发展的门店公司(某甲汉庭公司)签署《单位系统协议》,某丙根据《单位服务协议》门店提供酒店咨询服务,收取咨询费。这两份协议法律性质的根本性差异是明知的,某甲汉庭公司对某丙公司作为咨询服务提供方的身份也是明知并认可的。且《单位服务协议》内容仅是某丙公司为原告提供运营管理等方面的培训、质量评估以及帮助原告改进管理水平等咨询服务,并不涉及特许经营内容。

(3)就《单位服务协议》的履行而言，某丙公司事实上提供的也是咨询服务。从本案的事实来看，某丙公司实际向原告提供的也仅限于《单位服务协议》所涉培训、质量评估、营销策划和改进建议等咨询服务，并未从事所谓特许经营活动。

(4)就《单位服务协议》项下的费用而言，某丙公司收取的也是咨询服务费。在协议履行过程中，某丙公司就收取费用向原告开具了发票，发票上记载的经营项目始终均为“咨询费”，某甲汉庭公司对此并未提出任何异议。

(5)某丙公司需说明的是，速 8 酒店特许经营模式中，作为特许经营人的某乙公司与提供咨询服务的某丙公司一个是外国法人，一个是中国法人，法律关系完全不一样，两者系关联公司，其利益具有一定的一致性。在此种情况下，特许经营协议《单位系统协议》与咨询服务协议《单位服务协议》中存在部分条款对彼此的利益予以保护实属正常之商业安排，不能以此推论两者为特许经营协议的结论。

二、《单位服务协议》是否为无效协议？

1. 某甲汉庭公司认为：《单位系统协议》和《单位服务协议》签订于 2005 年 9 月 29 日。当时规范特许经营行为的规章有：《外商投资商业领域管理办法》与《商业特许经营管理办法》。某乙公司作为一家外国公司，依据中国有关特许经营的行政规章，不能在中国直接从事特许经营业务；如果要在中国从事特许经营业务，必须通过在中国境内设立的外商投资企业从事该项业务，并且该外商投资企业必须具有“以特许经营方式从事商业活动”的经营范围。

在本案中，某乙公司直接与某甲汉庭公司签订了特许经营协议——《单位系统协议》；又通过没有特许经营范围某丙公司，与某甲汉庭公司签订了附属于《单位系统协议》且属于特许经营业务范畴的《单位服务协议》，并由某丙公司实际从事特许经营活动。某乙公司与某丙公司的行为违反了中国有关特许经营行政规章的规定。按最高人民法院《关于使用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十条的规定，由于《单位系统协议》是一份特许经营协议，《单位服务协议》又是其组成部分，与《单位系统协议》构成一份完整的特许经营协议。因此，某丙公司超越经营范围签订国家限制经营产业的、实质上为特许经营许可合同的《单位服务协议》，应确认为无效。

2. 某丙公司认为，《单位服务协议》内容仅是某丙公司为原告提供运营管理等方面的培训、质量评估以及帮助原告改进管理水平等咨询服务，并不

涉及特许经营内容。

在合同签订后,某丙公司为某甲汉庭公司提供了大量咨询服务,如(1)酒店开业前,某丙公司为原告提供了大量咨询服务;(2)某丙公司向原告提供了酒店管理方面的手册资料;(3)在酒店经营管理过程中,某丙公司依约向原告提供了相关质量评估服务。且在起诉前,某甲汉庭公司从未对双方的咨询服务关系及费用支付提出过任何异议。

因此,某甲汉庭公司与某丙公司签订《单位服务协议》系双方真实意思表示,且合同约定及履行均不违反我国法律法规的强制性规定,《单位服务协议》依法应当有效。

另,某丙公司表示,某甲汉庭公司此次诉讼的真正原因在于认为已掌握某丙公司提供的有关经营酒店的方法和诀窍等无形资产后,某丙公司提供的服务是无形的,也是无价的,某甲汉庭公司反咬一口以合同无效为由从而牟取不当利益。该种行为显然有悖诚信原则,不应得到支持。

审理判决

一审法院支持了原告某甲汉庭的诉讼请求,认为《单位系统协议》为一份特许经营协议,而《单位服务协议》实质上是《单位系统协议》的组成部分,与《单位系统协议》构成一份完整的特许经营协议。某丙公司超越经营范围签订国家限制经营产业的、实质上为特许经营许可合同的《单位服务协议》,应确认为无效。因此,判决:

1. 确认《单位服务协议》为无效合同;

2. 某丙公司返还某甲汉庭公司已缴纳的初始咨询费、续生咨询费、软件获取费、会员费、特许费等费用。

经典评析

我们认为,根据我国法律、行政法规明确规定,外资企业从事特许经营"违反我国法律、行政法规的强制性规定,违反国家限制性经营规定而签订的合同,属于无效合同";《外商投资商业领域管理办法》、《商业特许经营管理办法》等根据上述法规制定的部门规章,也是人民法院审理特许经营合同纠纷的参考依据。从本案事实来看,国家强制性法律法规禁止外国投资者(某乙公司)直接在中国境内从事商业特许经营活动,因此,《单位系统协议》当然属于无效合同。

但某甲汉庭公司与某丙公司签订的《单位服务协议》为咨询性质的合同,并不涉及特许经营。首先,某丙公司并不拥有与 Super 8 品牌相关的注

册商标、企业标志及专有技术等经营资源，不存在特许经营的前提。其次，《单位服务协议》的内容亦不涉及特许经营。再次，就《单位服务协议》的履行而言，某丙公司事实上提供的也是咨询服务。某丙公司并未从事任何特许经营服务，而是提供了大量的咨询服务。因此，《单位服务协议》与《单位系统协议》虽存在联系，但绝对不能成为不可分割、二者均为独立的协议，而《单位服务协议》性质为咨询服务合同，《单位服务协议》的法律效力并不受《单位系统协议》是否有效的影响。



行政法篇





行政行为还是民事行为？

——陈某某诉某镇人民政府确认拆除房屋行为违法案

王忠涨*

案情简介

原告：陈某某

被告：某镇人民政府

某镇街道综合整治工程项目于 2007 年 4 月 18 日经批复批准立项，并于 5 月 16 日经区建设局核发《杂项建设工程规划许可证》，被告认为原告的部分房屋属于《杂项建设工程规划许可证》拆除范围，应予以拆除。后某镇政府于 2007 年 11 月 27 日强制拆除了原告部分房屋。原告认为，原告被拆除的房屋属于经过合法审批的宅基地上的房屋，不属于《杂项建设工程规划许可证》中涉及拆除的附属用房。对于合法用房，被告应根据《杭州市征用集体土地所有权土地房屋拆迁管理条例》等相应规定，领取《拆迁许可证》后实施拆除。但被告并未领取《拆迁许可证》，其并不具备作为拆迁人的主体资格，无权签订拆迁补偿安置协议，且被告把原告合法用房作为附属用房进行评估和安置补偿缺乏合理和合法性。现被告擅自对原告房屋进行拆除，没有任何法律依据和职权依据，应确认被告拆除原告房屋行为违法。为此，原告特提起行政诉讼，请求法院判令：1. 确认被告拆除原告房屋行为违法。2. 本案诉讼费用由被告承担。被告认为，街道综合整治工程项目已经批复立项，并办理了区建设局工程规划许可证。2007 年 4 月 20 日，原被告双方在拆除房屋评估价格的基础上，经协商一致，签订了《拆迁补偿协议书》。但原告在签订协议后，未自行拆除房屋。原告的行为不但违约，更严重影响了整治工程进度。为项目整体考虑，被告在 2007 年 8 月 22 日发出限期拆除

* 王忠涨，男，毕业于华东政法大学，主要从事税务、公司法务、行政诉讼、刑事等法律事务，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

的通知，但原告拒不执行。被告依法于 2007 年 11 月 22 日发出强拆告示，并于 2007 年 11 月 27 日强制拆除原告部分房屋。同时认为，本案纠纷性质系民事纠纷，被告系行使合同权利的正当行为，而非原告诉称的行政违法行为。被告在整个街道综合整治工作中手续合法齐备，而在双方已经达成补偿协议的情况下，因原告违约拒不腾退房屋而导致被告合法行使合同权利，该行为并无妥，亦不属于行政范畴的违法行为。被告的行为合法。请人民法院依法驳回原告的诉讼请求。

争议焦点

1. 被告行为是民事行为还是行政行为？

2. 如为可诉的行政行为，作出的行政行为是否证据确凿，适用法律、法规是否正确，是否符合法定程序？

审理判决

法院认为，本案系被告在街道综合整治项目工程中实施强制拆除的行为合法性引起的争议。被告作为乡镇人民政府，在管理辖区内的行政事务时，应严格按照法律规定的程序和法律设定的权限行使其职权。本案中，原被告双方于 2007 年 4 月 20 日签订了《拆迁补偿协议书》，但原告未自行拆除房屋，也未将房屋交付被告拆除，故被告于 2007 年 8 月 22 日、11 月 22 日先后发出限期拆除的通知及强拆告示，并于 2007 年 11 月 27 日强制拆除原告房屋属实。根据我国相应拆迁法规的规定，当事人达成拆迁协议后，如发生争议，应按仲裁或民事诉讼途径予以解决。本案被告认为原告未自行履行，故擅自作出限期拆除通知及强拆告示并实施拆除，其行为违反法律规定。综上，依据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第(二)项之规定，判决确认被告某镇政府 2007 年 11 月 27 日拆除原告的部分房屋行为违法。

经典评析

镇政府拆除房屋行为是行使行政职权行为，还是民事行为？被告在本案中反复强调其和原告已签订了《拆迁补偿协议书》，其拆除原告部分房屋的行为属于履行合同行为，不属于行政行为，本案应属于民事纠纷。诚然，在 2007 年 4 月 20 日，原被告双方的确签订了一份《拆迁补偿协议书》，但该《拆迁补偿协议书》依据的基础是《杭州市征用集体土地所有权土地房屋拆迁管理条例》，且未明确拆除的房屋和面积范围，并适用了拆除辅助用房的

评估标准,这正是本案发生的原因。在这里,本案并不评价补偿安置标准是否合理问题,关于该部分的争议,已通过行政赔偿诉讼案件予以解决。这里评析的是针对本案的情况,在有《拆迁补偿协议书》存在的情况下,被告拆除原告部分房屋能否进行行政诉讼的问题。笔者认为,最终法院经过审判委员会讨论并决定,本案以行政诉讼案件审结,该判定是恰当的。

1. 根据被告提供的《立项批复》和《杂项建设工程规划许可证》等证据材料,足以证明街道综合整治项目工程系政府依据职权所实施的公共工程,其实施的拆除行为是基于实施政府公共管理职能过程中所形成的行为,该拆除行为系行政行为。被告和原告在本案中并非系平等的民事主体所作出的民事行为。因此,法院判决认定被告作为乡镇人民政府,在管理辖区内的行政事务时,应严格按照法律规定的程序和法律设定的权限行使其职权,将某镇政府的行为定性为管理辖区内的行政事务,是准确的。

2. 本案中,被告并未领取《拆迁许可证》等可以合法拆迁的法律依据。因此,本案并不适用《杭州市征用集体所有土地房屋拆迁争议裁决办法》四规定"拆迁人与被拆迁人之间签订拆迁补偿安置协议后,因被拆迁人拒绝搬迁而发生争议的,拆迁人可以依法申请仲裁,也可以依法向人民法院提起民事诉讼"。且作为集体土地上的合法房屋,也不适用《最高人民法院关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》中对于城市房屋拆迁等相应的规定。因此,笔者认为,本案并非属于被告有合法拆迁主体资格情况下签订的《拆迁补偿协议书》,被告辩称应按民事纠纷处理并没有法律依据。笔者认为,法院在确认本案应按行政纠纷处理的同时,却同时认为根据我国相应拆迁法规的规定,当事人达成拆迁协议后,如发生争议,应按仲裁或民事诉讼途径予以解决,仍作为拆迁纠纷处理,该认定并非妥当。把《杭州市征用集体土地所有权土地房屋拆迁管理条例》作为依据,且误把原告的合法用房作为辅助用房处理的《拆迁补偿协议书》,存在明显的错误和非合法性,虽在行政诉讼中无法直接对其效力作出评判,但应作出不予采信的认定。本案中,仍采信《拆迁补偿协议书》这份证据,认定被告强制拆除原告房屋行为违法。笔者认为,这属于该份判决的一个瑕疵。

3. 被告作为镇人民政府,在管理辖区内的行政事务时,在作出行政行为时,应具备相应的证据。而本案中,被告并不具备拆迁的主体行政资格。且其所实施的街道综合整治项目工程系政府依据职权所实施的公共工程。因此,在被告拆除原告房屋时,其未依法办理相关合法手续,其行为显然属于超越职权的行为。其作出的行政行为显然属于没有确凿证据,且没有合

法法律依据、程序违法的行为。

综上，笔者认为，法院把本案作为行政案件判决是恰当的，虽其对证据的采信存在一定的瑕疵，但其最终确认被告拆除原告部分房屋违法的判决是值得肯定的。



行政机关履行法定职责的审查尺度与行政阻却事由

——评顾某等11人和T市国土资源局H分局不履行法定职责纠纷案

罗　云*

案情简介

原告：顾某等11人

被告：T市国土资源局H分局

2005年4月4日，浙江省发改委转发了国家发改委文件《国家发展改革委关于新建甬台温铁路可行性研究报告的批复》，同意批复新建甬台温铁路可行性研究报告。甬台温铁路建设涉及T市H区某村沿线村民住宅拆迁。

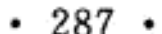
2007年6—8月，T市H区人民政府某街道办事处与被拆迁村民就房屋拆迁达成协议，并进行补偿，协议约定由街道办安排给被拆迁村民坐落在某街道某村村庄规划区内宅基某某间。

2007年8月10日，某村向T市建设规划局H区规划处递交《关于要求增补规划的报告》。报告称：为适应甬台温铁路建设的需要，我村涉铁路甬台温线拆迁安置，需在某村某地建房约某某间，占地约某某亩。2007年10月17日，T市建设规划局批示"同意某村增补规划"。

2008年4月，某村召开村民代表会议，会议讨论了对甬台温铁路拆迁安置户及村民建房宅基事项，并决定将"某村某地农转非作拆迁安置用地约17亩，按征地价补偿"。

2008年5月6日，某村村委会向T市建设规划局H区规划处呈报《关于要求解决铁路工程涉拆安置地农转用的请示》。请示称：由于工程建设需

* 罗云，男，专业从事知识产权、民商事、行政诉讼等领域法律实务研究，浙江泽大律师事务所专职律师。





要，我村于 2007 年在村西南落实居住增补点规划，用于工程涉拆农户安置，现需要农转用，面积为某某亩，共安置宅基地某某间，请贵处予以审批。2008 年 5 月 7 日，T 市建设规划局 H 规划管理处答复：同意该区块某某亩拆迁安置用地农转用，并应抓紧补办选址手续。

2008 年 12 月 8 日，T 市国土资源局 H 分局作出《H 区建设用地审查意见表》，认为：新建铁路甬台温线建设项目经国家发展和改革委员会发改交运〔2005〕363 号及中华人民共和国铁道部、浙江省人民政府铁监函〔2005〕623 号文件批复同意。该项目建设用地土地农转用、征收、收回和供地的报批手续基本完备，请领导审定，报市、省政府、国务院审批。H 区政府批示"同意"。

在住宅被拆迁之后，某村村民陈某等第三人，依据《拆迁协议》的约定，在拆迁安置规划区域内建房。原告认为陈某等第三人的房屋建在其责任田内，某街道办非法占用其责任田为第三人建房，并就此事多次信访。

2008 年 1 月 31 日，原告等人就某街道办事处涉嫌非法占用耕地事项进行信访。2008 年 2 月 27 日，T 市国土资源局 H 分局作出《浙江省国土资源信访事项调查意见告知书》。告知：一、甬台温铁路建设项目可行性研究报告国家发改委批复同意，初步设计经铁道部、浙江省人民政府批复同意。对甬台温铁路 T 段(H 区部分)建设工程项目征收的集体土地 H 区国土资源局已编制了征收土地方案，土地补偿费和安置补助费已按规定标准予以补偿，并按照"告知、确认、听证"程序各村召开了村民代表会议，经三分之二以上村民代表签字，对该项目征地各村(包括某村)未提出听证要求，对其补偿标准表示同意。目前，该项目用地农转用征收已上报审批。二、拆迁安置地落实问题：因甬台温铁路建设需要，在铁路规划红线内，某街道某村有某某户、某某间房屋需要拆迁，经某村班子集体研究决定，并报经 T 市规划处同意增补规划，选择某村某某公顷左右土地作为拆迁安置地，用地手续正在报批。

2008 年 4 月、5 月 27 日，原告就此事两次向国土资源部门信访。T 市国土资源局 H 分局于 2008 年 5 月 20 日、2008 年 7 月 3 日两次作出《浙江省国土资源信访事项调查意见告知书》，告知内容与 2008 年 2 月 27 日《浙江省国土资源信访事项调查意见告知书》相同。

2008 年 8 月 24 日和 2008 年 12 月 8 日，原告等人再次向 T 市国土资源局 H 分局信访，并提出《请求 T 市国土资源局 H 分局依法拆除擅自毁基本农田建房某某间的报告》。报告称："报告人等 11 户承包户的部分责任

田，于 2007 年 11 月至今，被陈某等人建房共计 * * 间，系擅自违法毁基本农田建房。依据《中华人民共和国土地管理法》有关规定，请求政府国土资源部门依法予以拆除。”

2008 年 12 月 9 日，T 市国土资源局 H 分局作出《浙江省国土资源信访事项调查意见告知书》。告知内容与之前《浙江省国土资源信访事项调查意见告知书》相同。同日，T 市国土资源局 H 分局针对原告等人的多次信访，向浙江省国土资源厅和 T 市国土资源局作出《关于顾某反映某街道以铁路建设为名擅自占用该村某某亩土地用于陈某等某某户建房某某间问题调查情况的报告》。报告称：现经调查，因甬台温铁路建设需要，在铁路规划红线内，某街道某村有某某户某某间房屋需要拆迁。经某村班子集体研究决定，并报 T 市规划处同意增设规划，选择某村某某公顷土地作为拆迁安置用地，目前已落实拆迁户陈某等某某户某某间。用地报批手续与铁路建设用地一起已上报审批。

2009 年 2 月 6 日，原告等 11 人向 T 市中级人民法院起诉 T 市国土资源局 H 分局不履行法定职责。请求判令被告依法履行法定职责保护耕地，依法拆除第三人违法擅自在原告责任田建房四间及天井道路，退还非法占用责任田。

原告认为：原告承包责任田坐落在某村某某地方，于 2007 年被第三人在无任何依法建房合法手续，又未经原告本户人同意，就擅自毁原告责任田，第三人建房 * 间及天井道路。原告依照《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国土地承包法》、《中华人民共和国物权法》及相关配套法律法规之规定，多次口头请求并于 2008 年 8 月 24 日、11 月 4 日以书面形式依法请求被告保护原告责任田耕地基本农田，依法拆除第三人擅自毁原告责任田建房 * 间及天井道路，退还被第三人非法占有的原告责任田，保护基本农田。可是被告系政府土地管理职能行政部门，未依法履行法定职责。原告请求人民法院判令被告依法履行保护耕地法定职责，拆除第三人违法建房，退还非法占用的责任田。

T 市中级人民法院受理本案后，移交 L 区人民法院审理。

争议焦点

争议焦点一：原告针对其责任田被第三人占用多次信访，被告经调查作出多次回复，是否可以视为被告履行了法定职责。

争议焦点二：被告至今未作出拆除本案第三人房屋的决定，是否具有正

当理由?

审理判决

L 区人民法院经开庭审理,认为:

一、《中华人民共和国土地管理法》第四十四条规定,建设占用土地,涉及农用地转为建设用地的,应当办理农用地转用审批手续。省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目,国务院批准的建设项目占用土地,涉及农用地转为建设用地的,由国务院批准。第三人在未取得农用地转用的批准文件的情况下,在原告等人的承包田上建房,其建房行为违法。但甬台温铁路属国家重点工程建设项目,是浙江东南地区的重要交通干线,事关甬台温的经济发展,涉及沿线村民及市民的切身利益。第三人原有的房屋正是为了以上公共利益才被拆除。由于第三人的承包地不符合村镇总体规划,某村又无适合建房的机动留地,因此第三人建房有其必然的现实性。

二、涉案土地是甬台温铁路建设的拆迁安置地,农转用手续经某村村民代表会议讨论通过,层报 T 市建设规划局 H 规划管理处、H 区人民政府、T 市国土资源局同意,与铁路建设用地一起已上报审批。如果被告 T 市国土资源局 H 分局立即作出行政处罚和强制拆除决定,那么当用地被有权机关审查批准时,房屋已被拆除,需要重建,这将会给国家利益和公共利益造成重大损失。虽然第三人建房属私人行为,但并不影响本身为公共利益需要的公共性质。被告接到群众的情况反映之后,即对甬台温铁路建设用地及拆迁安置用地情况进行调查,并将调查结论以书面形式告知反映人,已履行了相应的法定职责。

三、涉案土地的征用补偿款已由政府汇款至某村村委会,尽管原告未领取补偿款,但村委会已将补偿款汇入其个人账户,原告的相应权利得到了实际保护。

据此,法院认为原告要求被告履行拆除第三人违法建房,退还非法占用责任田的诉讼请求理由不成立,不予支持。判决驳回原告的诉讼请求。

经典评析

甬台温铁路工程项目是国务院审查通过的铁路中长期计划"四纵四横"的沿海铁路大通道的重要组成部分,是国家"十一五"期间的重点建设项目,也是浙江省"五大百亿"重点工程之一。本案是关于铁路建设拆迁安置的群体性案件,案件的妥善处理具有重大的社会意义。作为本案被告的代理人,

在接受委托之后，对本案进行了充分准备，就案件所涉及的法律问题进行了详细分析。

争议焦点一：被告的多次信访答复可视为已履行法定职责。

"不履行法定职责"的内涵来源于《行政诉讼法》，该法第 11 条第 4 项"认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝履行或者不予答复的"以及第 5 项"申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的"被视为"不履行法定职责"的两种常见形态。但是，行政机关履行职责到什么程度才算已经作为？即对不履行法定职责裁判度量如何把握，相关法律和司法解释对此并未作出规定。审判实践中的理解和做法也很不一致。

被告在基本穷尽了关于"履行法定职责"的法律、法规、司法解释、部门规章和其他规范性文件后，只发现 2004 年 10 月公安部给上海市公安局作出的批复中对此有所诠释。该批复中明确：申请事项属于公安机关法定职责，受理后经审查依法已经履行或者虽未履行但尚未超过法定履行期限以及虽未在法定期限内履行但延迟履行有正当理由的，在国家法律、法规没有新的规定前，可以作出确认被申请人履行法定职责行为合法的行政复议决定。

被告认为，上述批复是符合基本法理的。原因在于，如果行政主体未履行但尚未超过法定履行期限的，确认其违法将使得履行期限的规定被虚置；如果有正当理由而迟延履行也被确认为违法，则既无必要，又不符合公平原则。因此，尽管公安部的批复效力不高，且其适用范围限于公安行政复议，对法院也无拘束力，但给我们如何准确理解"履行法定职责"提供了很好的参考。

就本案而言，被告对原告的多次信访进行调查并作出多次、详尽答复，各份《告知书》已将被告就原告所反映情况进行调查的过程及其结果告知诸原告，据此，被告已履行进行调查处理的法定职责，只是给出了一个否定原告实质请求、暂不作出拆除决定的处理结果，在履行职责方面其已"作为"。理由正是基于上述原理：其一，被告作出拆除决定的法定期限在原告起诉时并未超过。其二，即使将来第三人的用地最后未被批准，被告届时作出拆除决定时已经超过法定期限，亦属于有正当理由的迟延履行。至于系何种正当理由？这涉及下一个焦点——

争议焦点二:被告至今未作出拆除本案第三人房屋的决定,具有正当理由,其正当理由是拆除决定的作出存在阻却事由,且被告若作出拆除决定将对公共利益造成重大损害,下面分别阐述。

(一)关于阻却事由

在收到原告反映的情况后,被告对甬台温铁路建设用地情况及拆迁安置地落实问题进行了调查。经过调查,被告得出调查结论认为,系争土地是经某村村民代表大会讨论通过,并报经 T 市规划处同意增补规划的拆迁安置地,该地块涉及的 45 户村民中已有 40 户同意其转变用途。该《告知书》送达给反映问题的诸原告。被告在《告知书》中同时指出“用地手续正在报批”的事实,这一事实有着两个方面的内涵:其一,严格地讲,第三人在系争土地上建造房屋虽经规划认可,但尚未获得用地审批,属于“未批先建”的违法行为;其二,系争地块的农转用审批正在行政程序之中。那么,对于这样一种正处于批准程序之中但已经建成房屋的行为,被告是否必须予以处罚并将建筑物拆除?我们认为,“正处于审批程序之中”和“房屋在原告反映问题时已经建成”两个事实正构成了处罚作出的阻却事由,在这两个约束条件下,如果被告立即作出行政处罚和强制拆除决定,那么,极有可能面临的问题是,当用地被有权机关审批下来时,房屋已被拆除,需要重建,这将会给国家利益和公共利益造成重大损失。因此,被告一方面对原告所反映的事实进行尽职调查,另一方面基于公共利益的考量确认“用地手续正在报批”(既确认了现有建房行为的合法性瑕疵又认为该瑕疵还不具有可处罚的成熟性)正是依法履行法定职责的体现。待有权机关的用地审批程序终结后(批或者不批),被告再进行实质性的处理,如果有权机关不批准,被告当对违法行为人予以处罚,并拆除违章建筑物。

另外,造成“未批先建”这一行为,主要原因为甬台温铁路系国家重点项目,用地手续审批是一件庞大的系统工程,需要较长的时间,而本案第三人又必须及时建房。

(二)关于公共利益

其一,甬台温铁路属国家重点建设项目,是浙江东南面的重要交通干线,事关甬台温的经济发展,涉及沿线村民及市民的切身利益。正因为如此,本案第三人的房屋才被拆。有“拆”必有“迁”。事实上,某村既无机动地,第三人的承包地又不符合村镇总体规划,因此本案第三人建造房屋是有其必然的现实性。虽然属其私人行为,但并不影响其本身为公共利益需要的公益性质。

其二，系争地块经村民代表大会通过作为安置用地，且已按照法律规定进行增补规划，并获规划许可，涉案房屋已经建成。所以，如被告履行法定职责，拆除已建房屋，势必对本案第三人的利益造成极大的不利影响，直接影响到甬台温铁路建设蕴含的公共利益。何况，系争地块的大部分村民同意作为安置用地，并实际领取了补偿款，其利益已得到实际保护。尽管原告未领取补偿款，但村委会已将补偿款汇入其银行账户，并不影响收到补偿款，相应权利得到有效保护这一基本事实的成立。

综上，被告已履行法定职责，至今未作出拆除本案第三人房屋的决定，其正当理由是拆除决定的作出存在阻却事由，且被告若作出拆除决定将对公共利益造成重大损害，故原告的诉请无法实现。



行政诉讼中的官民和解机制

——行政争端解决新机制

毛洪辉*

案情简介

原告:方某某

被告:B区人事局、A市B区卫生局

案由:人事退休决定行政争议案

原告方某某自1993年到2007年被强制退休前一直在A市B区妇幼保健院工作,期间具有中级职称资格,并于1996年1月起至退休聘任为主治医师职务。1997年3月起担任B区妇幼保健院,副院长职务。2007年2月28日,在方某某51周岁时被告A市B区人事局和B区卫生局共同审批了针对方某某的退休决定。方某某认为,其作为有中级职称的专业技术职务人员,并长期担任副院长领导职务,按照国家人事部《关于印发〈关于事业单位试行人员聘用制度有关工资待遇等问题的处理意见(试行)〉的通知》(国人部发〔2004〕63号)第五条"对由工勤岗位受聘到专业技术或管理岗位的人员,在专业技术岗位或管理岗位聘用满10年(本意见下发前已被聘用的,可连续计算)且在所聘岗位退休(退职)的,可按所聘岗位国家规定的条件办理退休(退职),并享受相应的退休(退职)待遇"和C省人民政府办公厅转发的《关于C省事业单位人员聘用制度试行细则的通知》第五十三条"对由工勤岗位受聘到专业技术岗位或管理岗位的人员,在专业技术岗位或管理岗位聘用满5年且在所聘岗位退休(退职)的,可按所聘岗位国家规定的条件办理退休(退职)手续,并享受相应的退休(退职)待遇"的规定应至55周岁退休,两被告共同决定方某某在51周岁时退休的行政行为违法。

* 毛洪辉,男,毕业于浙江大学法学院行政法学专业,主要从事行政诉讼法律事务,浙江泽大律师事务所专职律师。

遂于2009年1月20日向A市B区人民法院提起行政诉讼。

被告答辩称：第一，原告方某某的退休争议系与用人单位发生的劳动争议，而不是与行政机关发生的行政争议，不属于人民法院行政诉讼受案范围。第二，原告方某某系工人身份，根据《国务院关于颁发〈国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法〉和〈国务院关于工人退休、退职的暂行办法〉的通知》(国发〔1978〕104号)按工人的退休年龄办理退休，即到50周岁应该退休。

争议焦点

本案争议焦点有两个：第一，事业单位人员退休是民事方面用人单位与劳动者之间的劳动人事争议，还是行政机关参与的行政审批事项，同时也就是如果是劳动人事争议应提起民事诉讼，若是行政争议则可以提起行政诉讼。第二，针对原告方某某的实际情况是否应到50周岁退休。

审理判决

本案由A市B区人民法院受理后不久，该院行政庭的主审法官即找到原告代理人询问案情并表达行政案件并非只有通过判决才能解决争议，在法院主持下原被告双方也可以通过和解结案，原告代理人跟原告沟通后也表示如果条件合适可以和解。庭前原被告双方未能达成和解。本案随即进行了开庭审理，审理过程中法院对于第一个争议焦点明确表态，根据国家法律、法规和规范性文件规定事业单位人员退休须经过行政机关审批决定，未经行政机关审批用人单位无权将劳动者强制退休。事实上，本案中两被告也确实在原告的退休登记表中盖章审批同意了。行政相对人对于行政机关的退休决定不服，可以向人民法院提起行政诉讼。对于第二个争议焦点即针对原告方某某的实际情况是否应到50周岁退休问题，法院听取原被告双方的意见，但未明确表明态度。庭审后主审法院多次找原告一方及被告进行协调，双方在和解条件上各作退让，最后在主审法官主持下双方达成和解协议，原告向法院撤回起诉，全案终结。

经典评析

本案例主要并非是想分析案件本身的是非曲直，而是通过分析该圆满解决过程来探讨在某些行政诉讼中用官民和解方式解决行政争议的可能性和必要性。

我国早先的司法解释和行政诉讼理论认为行政诉讼有别于民事诉讼的

一个特殊原则是不适用调解。原因有:(1)国家行为的合法性只能由法院通过审理加以认定,不允许任何人通过协商认定。(2)调解前提是当事人对于权利享有实体处分权;而作为诉讼当事人的行政机关行使职权的权利是法律规定的,行政机关无权对该权利加以处分。(3)人民法院审理行政案件时,只能就具体行政行为是否符合事实和是否合法作出裁定或判决。

原先司法解释和理论中所称的原因也并非毫无道理,但是,第一,从理论上说,公权力隐有一定弹性,公共利益与个人利益并非不可调和。首先立法就是比较原则的,社会复杂多变而法律具有相对稳定性。所以,立法中存在大量的不确定法律概念,如"公共利益"、"必要"、"重要"、"适当"等,这就使行政主体在法定职权范围内大有可为。合法的决定往往并不是唯一的。行政职权的个案适用离不开行政主体的掂量、比较、评估、权衡和决定。这本身就隐含了对行政职权的处分。

第二,大量的自由裁量行政行为为行政主体行使一定的处分权留下了很大空间。被告行政机关在意识到被诉具体行政行为确有错误时,主动改变具体行政行为,也是一种处理问题的方法。只要法律、法规赋予行政主体一定幅度或范围的裁量权,也即说明行政相对人应履行的义务具有变动的可能性,这就存在调解的余地。

第三,某些行政行为并不具有公共性,"民与官"良好沟通日渐普及。行政主体与相对人的关系已从一种利益冲突、对立或对抗、互不信任的关系发展到一种利益一致、服务合作、相互信任的关系。行政调解现已成为及时化解矛盾不可或缺的行政手段之一。事实证明,行政机关运用说服教育的调解方式,配合必要的行政命令,效果更好。引发了行政诉讼,再由法院调解更为有利。诚如有学者所说:"事实上,允许调解未必损害原告利益或者公共利益,不允许调解也不见得能够保护原告利益和公共利益。"

第四,调解能迅速解决纠纷,减轻法院的压力。法院的任务不是纠察违法行为,而在于裁判纠纷。作为一种诉讼类型,行政诉讼的直接目的之一也是为了解决争端。调解能迅速解决当事人之间的纠纷,可以使原告在较短的时间实现起诉目的,有效地缓解当事人之间的对抗,实现双赢或多赢。再说,行政诉讼中的原告是有权依法自由处分自己权利的。

第五,调解可以降低诉讼成本,能有效缓解对抗,并使纠纷得以彻底解决等已为民事诉讼所证明,行政诉讼亦当如此。当事人自行协商解决纠纷,比法院依法强制解决当事人纠纷的判决更为有效。审判及判决的成本比较高,大量的时间、精力、财力耗费在法定程序中,并可能增加上诉、申诉、信访

的比例，浪费国家司法资源。相对地，达成调解协议的诉讼成本比较低，利于实现诉讼经济原则。再说，调解形式简便，具有很大的灵活性，法官主持下，双方当事人互谅互让，使争议不仅在法律上得以彻底解决，也能在心理上得以真正消除。

本案中，法院判决未必是解决行政争议的最优解决方案，也许在各种利益均衡下的妥协才是对双方甚至包括法院一方在内的三方最有利的解决方案。最高人民法院 2008 年 2 月 1 日起施行的《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第二、三、四条规定被告根据原告的请求依法履行法定职责；采取相应的补救、补偿等措施；在行政裁决案件中，书面认可原告与第三人达成的和解等方式可以视为改变其所作出的具体行政行为，原告申请撤诉，人民法院可以裁定准许撤诉。事实上，该条文的规定已经对行政诉讼的和解机制留下巨大空间。本案的圆满解决是对行政争端解决新机制的积极探索。

命令式的行政指导

——一起由城中村旧城改造引发的行政诉讼

徐风烈*

案情简介

原告:12户农民

被告:A县人民政府

被诉行为:《关于终止B社区少数农户自行开发改造工作的通知》(中指字〔2008〕第027号)

诉讼请求:撤销中指字〔2008〕第027号文件

事实归纳:

为了对A县市中区城中村进行旧城改造,2008年3月6日经县委、县政府同意,A县中心区旧城改造项目指挥部成立,作为县政府设立的临时机构。2008年8月28日,A县B股份经济合作社基于部分农户的要求,向中心区旧城改造项目指挥部提出请求,希望能够允许农户自行开发即将被县政府征收的宅基地,以获取更大的土地收益。9月10日,A县中心区旧城改造指挥部对此作出中指字〔2008〕第018号文件,同意自行改造,但农户宅基地开发必需以B股份经济合作社为主体单位,必须做到与本区块同步拆迁、同步完成、建设并通过验收,且必须通过公开方式获得国有土地使用权。9月16日,B股份经济合作社制定《中心区内农户直接参与旧城自行改造方案实施细则》,表示改造实施的组织主体是B股份经济合作社,服从中心区旧城改造统一规划,实行统一签约、腾空、拆除、新建。9月24日,A县中心区旧城改造指挥部对A县B股份经济合作社的请示,以中指字〔2008〕第021号文件作出《关于B社区部分农户自行开发有关请示的再次

* 徐风烈,男,毕业于浙江大学法学院,专业从事行政法和知识产权领域,浙江泽大律师事务所兼职律师。

答复》，表示仍然以“中指字〔2008〕第018号”文件为准。

2008年10月10日，A县中心区旧城改造指挥部对A县B股份经济合作社作出中指字〔2008〕第024号文件，即《关于中心区块旧城改造B社区部分农户参加宅基地自行开发有关问题的通知》，表示继续支持自行开发，但应当以“中指字〔2008〕第018号”和“中指字〔2008〕第021号”为依据。同时对自行开发设置了“视为自动放弃”条款，即自行开发的农户若不能做到“四个同步”，就意味着自动放弃自行开发。此外还要求自行开发的农户必须在2008年10月20日之前完成以下任务，否则视为自动放弃。这些任务有：成立自行开发筹备小组、制定自行开发《章程》、制订并签署自行开发《合同》。最后还规定了若农户不能按时获得国有土地使用权“应当终止自行开发”。但由于意图自行开发的农户与B股份经济合作社之间在自行开发的责权分配上存在争议，导致B股份经济合作社的多数农户反对B股份经济合作社参与少数农户的自行开发行为。截至2008年10月20日，上述原因使中指字〔2008〕第018号、021号、024号文件中设置的自行开发条件无一得以实现。

2008年10月26日，A县B股份经济合作社董事会作出决议，决定不参与部分农户自行改造。并于第二天将决议的内容书面告知A中心区旧城改造指挥部，并请指挥部定夺。

2008年10月28日，A县中心区旧城改造指挥部根据B股份经济合作社的请求，作出中指字〔2008〕第027号文件，即《关于终止B社区少数农户自行开发改造工作的通知》。主要内容如下：经县政府同意，决定终止少数农户的自行开发行为。理由是，自行开发无法可靠保障农户根本利益，且B股份经济合作社已经决定不参与农户的自行开发行为。

后12户农民向县法院提起行政诉讼，认为中指字〔2008〕第027号文件违反了县政府先前的承诺，侵犯了相对人的信赖保护利益，并要求撤销中指字〔2008〕第027号文件。

争议焦点

本案例的焦点集中在如何认定“中指字〔2008〕第027号文件”的法律性质之上。要辨明“中指字〔2008〕第027号文件”的法律性质，就必须明确中指字〔2008〕第018号、中指字〔2008〕第021号和中指字〔2008〕第024号文件究竟是什么性质的行为。假如这些文件没有赋予相对人权利，那么被诉行为就有可能处分一个并不存在的权利，其可诉性值得怀疑。而且原告与

被诉行为是否存在法律上的利害关系也与此有关,若被诉行为处分一个并不存在的权利,就表明相对人的权益没有受到任何影响,其原告资格发生动摇。

一种具有代表性的观点认为,本案被诉行为的文字表述采用了“决定终止”的词汇,包含了明确的处分相对人权益的意思表示,因此该行为是一个具体行政行为,具有强制性,属于《行政诉讼法》规定的受案范围,起诉人相应也具备原告资格。第二种观点,将中指字〔2008〕第018号、中指字〔2008〕第021号、中指字〔2008〕第024号文件和中指字〔2008〕第027号文件整体视为一个行政计划体系,其内容涉及被告在A县市中区城中村进行旧城改造的方案与计划,因此具有强制性,应当属于行政诉讼的受案范围。第三种观点则认为,虽然本案被诉行为的文字表述采用了“决定终止”的词汇,但不能据此直接得出该行为属于具体行政行为,而应当着重考察行为的结果是否构成对起诉人权益的处分,该观点认为被诉行为在行为结果上不具有处分权益的法效果,因此属于行政指导行为。

考虑到行政计划化本身在理论上还不成熟,其基本属性处于争议之中,通说认为行政计划没有固定和统一的法律属性,它既可能是抽象行政行为,也可能是具体行政行为,甚至可以是事实行为。实际上,行政计划可以根据具体情况纳入传统的各种法律形式之中,因此对其行为本身是否具有强制性无法进行简单的评价。所以,第二种观点是最早被淘汰的,需要继续分析的观点只有第一种和第三种。

审理判决

一审法院认为,“中指字〔2008〕第027号文件”具有倡导、咨询、建议、训导等性质,不具有强制性,故符合行政指导行为的特征,因此裁定驳回了原告的起诉。二审法院在开庭审理后,对一审裁定予以维持。

经典评析

就本案而言,由于旧城改造是涉及不特定人群利益的重大事件,少数打算自行开发的农户自然必须与整体进度保持一致,县政府在承诺少数农户自行开发时所附加的条件恰好体现了上述考虑。但由于意图自行开发的农户不能与B股份经济合作社达成合作协议,导致当初政府许可所附加的条件在10月26日后变得全部不能实现。而且,由于时间节点的要求,这些条件的实现均有期限的限制,因此当原告在10月26日之前不能实现这些条件时,即意味着这些条件将永远不可能实现。

那么，当停止条件在 10 月 26 日后转变为不可能实现的条件时，县政府和少数意图自行开发的农户之间的法律关系有何种变化呢？理论上，法律行为所附条件必须有发生的可能，若确定为必然无法发生的事实，则构成“不能条件”。类似的制度设计可见我国《民法通则》第 75 条的规定：若所附条件是不可能发生的，整个民事法律行为无效。本案中的许可并非在成立之初便附加了“不能条件”，而是随着某些事实的出现导致“可能实现的条件”转变为不能实现的条件。目前行政法学理论中与此匹配的理论是“行政行为的失效”理论，即：当一定的事由的出现，行政行为自然地往后失去效力。失效与行政行为的撤回、撤销、废止和无效都不相同，后者有赖于有权机关通过一定的法律程序作出一个新的行为（决定），而失效则无需经过这一环节，它是客观自然地使行政行为失去效力的一种现象。

由此可见，当原告在 10 月 26 日之前不能实现上述条件时，其原来对自行开发所具有的期待利益已自动丧失，丧失的原因在于行政许可行为的失效。

案例中被诉行为意图对少数农户的自行开发权予以剥夺，但经过上文的分析，在被诉行为作出的瞬间，原告已不具备自行开发的权益。被诉行为意图“处分”一个并不存在的权益，实际上并不存在法律上的拘束力，因此行为的处分性值得探讨。法律行为的核心是“意思表示”要素，“意思表示”的核心在于对权利和义务的处分意图，从这一点考察，样本案例中的被诉行为的确具有处分性要素。法律行为的概念源自私法，但大陆法系学者对公法和私法中法律行为概念已经作了区分，公法中的行政行为并非完全依据表意人的意志，而常常需要受表示之外的客观形态和法律法规的支配，因此行政法上的法律行为都应当以行为的结果是否发生法律效果为判断基点，行为的处分性并不像私法那样以意思表示为核心。我国行政诉讼受案范围也受到该理论的影响，一些没有明确意思表示但有法律效果的行为被纳入，例如即时强制行为（行政强制措施）、行政不作为和部分行政确认行为。因此，即使被诉行为的文字表述采用了“决定终止”的词汇，也不能因此认为该行为就是具体行政行为。

样本案例中的被诉行为不具有处分性，不是具体行政行为，那么它的性质究竟应该是什么呢？我们发现它与普通的告知行为具有相同的法效果，性质与《若干问题的解释》第一条第二款第四、五、六项规定的行为多有交叉和重叠的嫌疑。这些条款规定的都是被排除在具体行政行为范畴之外的行政活动形态，属于不可诉的行政活动。具体有：（四）不具有强制力的行政指

导行为;(五)驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为;(六)对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

依据德国行政法理论中的"重复处置行为"概念,若某行为不依原有行为为基础,而是设立新的法律关系,则该类行为是第一次行政行为;若某行为依原有行为为基础,目的在于实现或者加强既存法律关系,而不在于新设权利义务关系,此为第二次行为。传统大陆法系理论曾经认为第一次行为才具备处分性,因此是可诉的;而第二次行为没有处分性,因此是不可诉的,而将其视为准法律行为或单纯的观念通知。然而,第二次行为中有一部分却具有法律上的拘束力,虽然它不以实体法律关系的变更为目的,但会自动引发后续法效果,因此它的处分性和可诉性已经逐步得到公认,此类行为即我们熟知的行政确认行为。因此,《若干问题的解释》第一条第二款第五项,并没有排除所有的"重复处置行为",而限于"驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为",本案被诉行为不能据此被排除在行政诉讼的受案范围之外。

但本案被诉行为并无自动引发后续法律关系之虞,不存在法律上的拘束力,不能归为行政确认行为。这一点与部分行政指导行为颇为类似,但被诉行为是否构成行政指导还需要继续分析。行政指导是行政主体为了实现一定行政目的,期待相对人的一定行为(作为或不作为)而实施的,本身没有法的拘束力,但可以对相对人直接起作用的一种行为形式,是一种没有法效果的事实行为。行政指导大致可以分为三类,即:规制性行政指导:以规制相对人为目的进行的指导;助成性行政指导:提供情报,以帮助私人达成目的的指导;调整性行政指导:以调整私人间纠纷为目的的指导。三者之间没有必然的界限,可能会相互渗透。可见行政指导是意图不通过处分性行为,达到行政目的的行为。虽然本案被诉行为的文字表述采用了"决定终止"的词汇,但根据上文的分析,该行为并不构成一个处分性行为,且它们在实际法效果上是一致的——均没有法效果。很多学者都认为行政指导虽然没有法律上的强制性,但是基于行政机关做出指导时,自己信息搜集、整合、评判的优势地位,行政机关的行政指导具有事实上的强制力,而把这种事实上的强制力作为法院应予受理的依据。但是在法院的实践中,并不承认事实上的强制力成为法院受理的依据。法院只会在认定形式上的行政指导具有法律上的强制力的时候,否认其行政指导性质,才予以受理。

虽有处分私人权利的意思表示,但却没有法律后果,相对人的法律地位并没有任何改变。此类行为与警察在驱散示威人群之前的命令行为颇为类



似，学理上认为警察在使用物理上的力进行的驱散行为仍然是一个即时强制行为而不是行政强制执行行为，因为驱散之前的命令与驱散行为之间的时间间隔极短甚至同时发生，警察并没有期待示威人群自动履行命令。警察之所以在驱散之前或驱散行为进行的同时发布命令，目的在于警告和劝告，使得人群在被驱散时更加主动地配合，以免发生对峙和冲突。学理上把这种命令视为一种目的的宣告或者观念的通知，可以视为一种指导性的事实行为，虽然它包含命令和禁止含义的处分性词汇。可见，表达处分法律地位意思的词汇已经不再对行政活动的处分性构成决定性要件。本文中探讨的被诉行为，其真实意思在于通知、解释和劝告被拆迁农户停止继续在自行开发上投入时间与金钱，以保护他们自己的切身利益。由于他们附条件的自行开发权利已经自动终止，为了避免他们因误解而损害自身利益，甚至引起拆迁过程的对峙与冲突，被告通过被诉行为进行通知和解释，不过在文字表达上体现了具体行政行为中常见的处分权利的词汇而已。因此，样本案例中的被诉行为也应被视为一种观念通知，属于不具有强制力的行政指导行为，一种不可诉的事实行为。



招投标篇





未经招投标的建筑设计合同是否必然无效以及其结算标准

——某建筑设计公司诉某房地产公司建筑设计合同纠纷案

刘效权*

案情简介

2006年底，某建筑设计公司（以下简称设计公司）受某房地产公司（以下简称房地产公司）委托，进行某住宅小区建筑设计，该设计包括方案设计、施工图设计在内的全部工程设计。该方案设计提交后，经建设部门审查通过。2007年4月，双方签订建筑设计合同，合同约定了付款进度、条件和相应的违约责任。但合同签订后，房地产公司除支付定金15万元外，拒不按照合同约定的"方案设计文件交付时"支付第二次付费的110万元。设计公司遂将房地产公司诉至法院，请求判令被告支付设计费110万元，逾期付款违约金70万元。

庭审中，房地产公司提出几个观点：1. 住宅小区建筑项目设计合同属于国家强制招标的范畴，双方签订的合同规避了招投标法，属于无效合同，不应支付违约金；2. 设计公司的设计方案仅仅是原则通过评审，没有完全通过评审，付款应在方案交付时，但原告没有交付方案设计的深化文件，设计文件只是部分交付，所以不具备付款条件。

争议焦点

庭审中，双方产生了两个主要的争议焦点：1. 建筑设计合同是否无效；2. 应按什么标准支付设计费用。

针对建筑合同是否无效的争议焦点，双方争论如下：

原告认为建筑设计合同并不存在违反招投标法进而损害公共利益而归

---

* 刘效权，男，毕业于杭州大学心理系，华东政法大学法律硕士研究生，主要从事与公司业务相关的法律事务，浙江浙联律师事务所专职律师。

于无效的情形。《招标投标法》第 49 条规定,必须进行招标而不招标的,责令限期改正,可以处罚款;但并没有像该法第 50、52、55 条明确规定“中标无效”,所以,即使应进行招标而未招标的,并不必然导致合同无效。从《招标投标法》的立法价值取向主要是“保护国家利益、社会公众利益,提高经济效益,保证项目质量”来看,本案被告建设的项目,是建成后对公众自主销售,使用一个适格的(并且是甲级资质)设计单位设计,完全可以确保设计的质量,并不影响社会公众的利益,且取费也低于相关规定。而被告认为,按照《招标投标法》应当招标而未招标的,属于《合同法》第 52 条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效情形,该合同应为无效。

对于按照什么标准支付设计费的争议焦点。原告认为按照建筑设计合同第五条的规定:合同签订后三日内第一次付费 10%定金 25 万元,方案设计文件交付时第二次付费 100 万元,而在原告的方案设计获得建设管理部门审查通过后,被告也仅是支付了第一次付费的 15 万元,尚欠原告相应设计费 110 万元,且在未通知原告的情况下,另行委托设计公司进行下一段的设计工作,严重违反合同,属于合同第 7.1 条违约责任中规定的“发包方解除或终止情形时,只要原告的设计完成超过一半,被告就应支付该阶段的设计费”情形,应按照合同约定支付设计费。而被告辩称,该合同无效,且原告方案设计不符合《建筑工程设计文件编制深度规定》规定,存在大量问题,在方案设计合格完整的情况下,方案设计所需的工作量仅占全部设计工作量的 15%,故不应按照合同支付设计费。

审理判决

法院认为,原被告未以招投标的方式签订的《建设工程设计合同》,违反《中华人民共和国招标投标法》相关强制性规定,应属无效合同。原告提交的方案设计,已经政府有关部门审批通过,被告应支付相应的设计费。设计费按鉴定报告的 55 万元确定。鉴定报告的设计费是按原告完成的设计阶段在双方合同约定的总设计费中的比例计算而来的,对原告要求被告按合同支付违约金的诉讼请求,不予支持。

经典评析

本案建筑设计合同纠纷由于涉及合同是否无效问题,也是比较典型的一类案件。笔者作为原告的代理律师,从有效解决建筑设计合同纠纷的角度,谈谈自己的看法:

1. 本案建筑设计合同是否无效的问题,法院的认定无疑是正确的。



《中华人民共和国招标投标法》第三条规定了“大型基础设施、公用事业”的“工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料的采购,必须进行招标”,按照该法的授权“所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定,报国务院批准”,国家发展计划委员会于 2000 年 5 月 1 日发布《工程建设项目招标范围和规模标准规定》“商品住宅”为“公用事业”的范围,故根据《中华人民共和国合同法》的规定,本合同应为无效。

现实中,人们更多关注的是施工合同的招投标问题,对于勘察、设计、监理合同是否必须招投标的情形,也应引起房地产开发企业和勘察、设计、监理单位的足够重视。

2. 设计合同无效的情况下,应该如何解决设计价款的结算纠纷。《合同法》对于合同无效的处理给出了原则性的规定。该法第五十八条规定,合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。笔者分别按照设计合同无效下几种可能的情形作一简单归类或分析:

1)设计尚未开始的。按照《合同法》的规定,因该合同取得的财产,予以返还,使合同恢复到签约前的状态。

2)设计成果尚未交付的。如果当事人存在缔约过失责任并给对方造成损失的,则应承担损害赔偿责任。由于设计成果尚未交付,所以不能按照该成果的市场价值予以赔偿,而只能按照对方所受到的损失,以及当事人的过失或故意程度进行赔偿。

3)设计成果交付但并不符合设计要求的。按照《合同法》第四十二条和第五十八条的规定,虽然设计成果已经交付,但由于设计成果并不能给当事人带来利益,以及设计成果本身具有的特殊性,所以同样不能按照该成果的市场价值给予赔偿,按照设计人所受到的损失,以及当事人的过失或故意程度来赔偿更为合理。

4)设计成果交付并为合格的。笔者认为仍应当按照合同的约定支付设计价款,就像合同原本有效一样。按照《合同法》的规定,合同无效后,对于已经交付的设计成果,在被确认合格后,显然无法采取返还的方式使之恢复到签约前,而只能按照“折价补偿”的方式。现实中有两种方式,一种是按照工程设计收费标准进行,通过鉴定的方式确定设计价款,然而由于发包人的强势买方地位,目前的设计收费市场价格往往低于国家标准,采取鉴定的方式将会造成设计费用比合同有效还要高,结合本案也存在这种情况,按照该

标准,本案中双方约定的设计费用将远远高于双方的预期。第二种方式便是按照原先合同约定的收费标准结算,这个标准本身体现了双方签约时的真实意思,采取合同约定无疑更加合理,同时也便于节约诉讼资源。对于这一观点,在最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中也有体现。笔者认为,施工合同与设计合同一样,都是承包人将自身劳动物化的过程,在处理上,最高法院的施工合同司法解释也应能为设计合同纠纷的解决提供指导作用。

3. 本案鉴定单位存在鉴定方法的错误。按照国家计委、建设部于2002年发布的《工程勘察设计收费管理规定》,鉴定单位应当按照该规定所确立的标准进行鉴定,但令人遗憾的是鉴定单位仅仅做了一个简单的数学测算,依然采用原来无效合同确立的设计价款,乘以设计人完成的方案设计所占整个设计的工作量比例,确定了一个很低的设计价款和价值,这无疑是令人遗憾的。律师认为,既然合同无效,就不应采用无效合同中的设计价款,而应该按照建设部的规定来测算设计人完成设计部分的收费标准;本案鉴定单位在进行鉴定时,如果按照规定来鉴定,其结论将远远高于房地产公司预想的设计收费价格。当然,如果那样,也反过来能印证最高人民法院在施工合同司法解释中的意见。

4. 未开展招投标的房地产公司在诉讼中主张合同无效,是否违背了基本的诚信原则,是否应获得合同无效的利益。实践当中,掌握合同主导地位的一方当事人,就如本案的房地产公司,在诉讼中,主张合同无效的行为,显然违背了合同法确立的有关诚信原则,人民法院在裁判中应当予以酌情考虑。限于篇幅,在此不再展开讨论。

5. 建筑行业中,无论是施工合同、设计合同、监理合同、勘察合同中的施工、设计、监理、勘察一方,由于目前市场本身的不对等,在签订合同时,除了关注合同的价格之外,还应当做到遵纪守法,尤其是在是否需要招投标的问题上,应当能够知法,明了法律的规定,防止出现合同无效的情况。



非诉法律服务篇





涉外法律服务中的原则与机变

——某外商独资企业向境外银行借款案例介绍

赵箭冰*

案情简介

某外商独资企业(以下简称借款企业)拟向中国香港某银行(以下简称贷款银行)借款3300万美元。借款企业将其拥有的在中国某商业银行的存单质押给贷款银行作为偿还借款本息的保证。

贷款银行委托本所律师为其向借款企业贷款进行尽职调查、审查贷款文件和有关审批、登记、备案程序,出具中国法律意见书,并随时提供有关中国法律的咨询意见。中国法律意见书的出具是贷款银行向借款企业发放贷款的先决条件之一。

根据中国法律、法规、规章以及规范性文件,外商投资企业(包括中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业)向境外银行借款仅需向外汇管理部门登记而无需经其事先审批①;外商投资企业以自身财产为自身债务向境

* 赵箭冰,男,中国政法大学民商法学博士研究生,主要从事投资、金融、房地产法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

① 《中华人民共和国中外合资经营企业法》第九条第三款规定:"合营企业在其经营活动中,可直接向外国银行筹措资金。"

《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第六十七条规定:"合营企业根据经营业务的需要,可以向境内的金融机构申请外汇贷款和人民币贷款,也可以按照国家有关规定从国外或者港澳地区的银行借入外汇资金,并向国家外汇管理局或者其分局办理登记或者备案手续。"

《中华人民共和国中外合作经营企业法》第十七条第一款规定:"合作企业可以向中国境内的金融机构借款,也可以在中国境外借款。"

《中华人民共和国外资企业法》第十八条第一款规定:"外资企业的外汇事宜,依照国家外汇管理规定办理。"

《中华人民共和国外资企业法实施细则》第五十二条规定:"外资企业的外汇事宜,应当依照中国有关外汇管理的法规办理。"

《中华人民共和国外汇管理条例》第二十二条第二款规定:"外商投资企业借用国外贷款,应当报外汇管理机关备案。"

外银行提供对外抵押同样仅需向外汇管理部门办理登记手续而无需经其事先审批[1]。但是,外商投资企业向境外银行借款的额度必须在其经过原审批机构批准的投资总额和注册资本之间的差额范围内,即通常所称的"投注差"范围内;此外,外商投资企业的注册资本必须全部到位。上述内容构成了中国内地企业向境外借款的三项法定条件。对此,经律师审查,借款企业符合上述法定的借款条件。

然而,在涉及借款企业为偿还借款所提供的对外担保的审批、登记、备案手续过程中,律师与当事人以及政府审批、备案部门却存在着不同的意见。

依照中国法律之相关规定,借款企业以自有财产和权益提供对外担保,在签署了贷款与担保文件后,须办理一系列登记备案手续。外商独资企业对外提供抵押还须经过原审批机构批准并向工商部门备案。未向外汇管理部门办理外债登记、对外担保登记,未经原审批机构批准,包括贷款合同、担保合同在内的所有文件均不发生法律效力。即使当事人履行合同,其行为也会被认定为无效。[2] 对此,本所律师向贷款银行、借款企业提出了建议,并要求借款企业向政府的审批、登记、备案部门申办相关手续。

---

① 《境内机构对外担保管理办法实施细则》第二十七条规定:"抵押人以自身财产为自身债务对外抵押,无需得到外汇局的事前批准,只须按照本细则的规定到外汇局办理对外担保登记手续。"

② 《外债管理暂行办法》第二十二条规定:"境内机构对外签订借款合同或担保合同后,应当依据有关规定到外汇管理部门办理登记手续。国际商业贷款借款合同或担保合同须经登记后方能生效。"第四十条规定:"境内机构举借外债或对外担保时,未履行规定的审批手续或未按规定进行登记的,其对外签订的借款合同或担保合同不具有法律约束力。"

国家外汇管理局《外债登记实施细则》第六条第(一)项规定:"借款单位在借款合同签约后十五天内,持借款合同副本和对外借款批件(外商投资企业不需批件),到登记部门办理外债登记手续,领取逐笔登记的《登记证》。"

《境内机构对外担保管理办法》第十四条第一款规定:"担保人提供对外担保后,应当到所在地的外汇局办理担保登记手续。"第二款规定:"非金融机构提供对外担保后,应当自担保合同订立之日起15天内到所在地的外汇局填写《对外担保登记表》,领取《对外担保登记书》;履行担保合同所需支付的外汇,须经所在地的外汇局核准汇出,并核减担保余额及债务余额。"第十七条规定:"担保人未经批准擅自出具对外担保,其对外出具的担保合同无效。"

最高人民法院"关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释"(法释〔2000〕44号)第六条规定:"有下列情形之一的,对外担保合同无效:(一)未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的;(二)未经国家有关主管部门批准或者登记,为境外机构向境内债权人提供担保的;(三)为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的;……"

《外资企业法实施细则》第二十三条规定:"外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让,须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。"

贷款银行认为，该行此前办理的外商投资企业向境外银行借款的对外担保事项，均无需履行向原审批机构审批的程序，因而对此次审批的必要性存疑。

借款企业认为，既然其他企业无需经过专门的审批，那么，本企业的对外担保还要向原审批机构审批显然是给企业增添了麻烦。

审批机构认为，外商投资企业以银行存单对外质押，尚无具体的审批程序。

工商登记部门针对《中华人民共和国外资企业法实施细则》（以下简称《外资企业法实施细则》）第二十三条规定指出：第一，该规定未明确“存单”包括在“权益”范围内；第二，该规定也未明确“质押”包括在“抵押”范围内。因此，对存单质押申请备案不予受理。

对此，本所律师坚持要求借款企业就对外担保事项向审批机关和工商机关申报，并根据现行法律法规和规范性文件的规定以及对该等规定的理解，向上述单位一再加以解释、说明。最终，贷款银行同意并支持律师的意见；借款企业也接受了律师的意见并向审批机关和工商机关申报；审批机关根据国家行政法规的明确规定，对本项目的对外担保予以批准。但是，工商部门仍然以没有具体明确的依据为由拒绝受理备案申请。

在此情况下，究竟能否向贷款银行出具符合先决条件的法律意见书？如果律师认为不符合法律规定的程序性要件，对外担保合同的效力存在问题，则本次贷款项目无法顺利进行，当事人的交易不会成功，各自的收益不能实现；而如果律师认为对外担保合同有效，则需要对现行法律的规定作出非常精准的判断。经过慎重细致的分析研究，律师认为，本次境内企业向境外银行借款所涉及的对外担保的审批、登记（外汇管理部门已予登记）手续均已齐备，对外担保的文件以及申报手续具备合法性、有效性以及可执行性。据此，承办律师向贷款银行出具了法律意见书。随后，贷款顺利发放。

法律意见

一、关于外商独资企业对外提供担保必须经过审批机关批准和向工商行政管理机关备案的规定

《外资企业法实施细则》第二十三条规定：“外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。”

对外经济贸易部“关于《外资企业法实施细则》若干条款的解释”第七

条:“本条所说的‘对外抵押’,是指外资企业将其财产或者权益向中国境外的金融机构、公司或企业及其他经济组织进行抵押。”

可见,外商独资企业与中外合资企业和中外合作企业不同,其对外抵押须额外办理向原审批机关审批和向工商行政管理机关备案的手续。

基于《外资企业法实施细则》系国务院颁布的行政法规,根据《合同法》第四十四条第二款规定[①],外商独资企业对外抵押如未经原审批机构批准,其合同的有效性会受到影响;而根据《合同法》第五十二条第(五)项之规定[②]和最高人民法院“关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释”第六条第(一)项[③]之规定,对外担保会被认定为无效。

承办律师正是根据上述规定向贷款银行、借款企业和审批机构作出解释,并取得了上述单位的认同。

二、关于外商独资企业将其权益对外质押是否须经原审批机关批准的问题

《外资企业法实施细则》第二十三条规定中关于“外资企业将其财产或者权益对外抵押”的表述,其中“财产”一词,显然应包括不动产与动产。根据《担保法》的规定,不动产的担保形式是抵押,动产的担保形式是质押;此外,上述规定中用于“抵押”的还包括外资企业的“权益”,而根据《担保法》的规定,权益的担保形式也是质押。联系《外资企业法实施细则》(1990 年)早于《担保法》(1995 年)颁布的事实,可以认为,《外资企业法实施细则》第二十三条中关于“对外抵押”的规定,不仅包括不动产的抵押,而且包括动产和权利的质押。据此,外商独资企业如将有关权益对外质押,也应向原审批机关申报,取得批准,以确保对外质押合同的合法有效。对此,《对外担保实施细则》第三十五条第三款也作出了规定:“……外商独资企业办理股权质押登记时,还应当经其原审批机关批准。”此款规定印证了《外资企业法实施细则》第二十三条中关于“抵押”一词的涵义包括“质押”在内。可见,存单质押须经原审批机关批准是有据可依、有据必依的。

---

① 《合同法》第四十四条第二款规定[①]:“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”

② 《合同法》第五十二条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

③ 最高人民法院“关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释”第六条:“有下列情形之一的,对外担保合同无效:(一)未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的。”

三、关于外商独资企业以存单质押的方式提供对外担保未经工商部门备案其合同是否有效的问题

《外资企业法实施细则》第二十三条还要求外资企业将其财产或者权益对外抵押须向工商行政管理机关备案。据此，外商独资企业将其所持有的银行存款单质押给贷款银行，属于将其权益[①]对外抵押的范畴，应适用上述规定，须向工商行政管理机关备案。

然而，在本案中，提供存单质押的借款企业在经审批机关批准其对外质押后，向工商行政管理机关申请备案时却遭拒绝。

对此，律师认为，工商行政管理机关的观点和行为与现行法律法规之规定不符。首先，根据《担保法》的相关规定，借款企业所持有的存单属于其合法拥有的“权利”，而权利显然被“权益”所包含，因此，存单属于《外资企业法实施细则》中所规定的“权益”范畴，提供对外质押当然要经过审批和备案。其次，如前所述，《外资企业法实施细则》中的“抵押”，包含了动产和权利的质押，只是限于当时法律制度的不完善而未作出明确的规定。再次，1997年5月28日，对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局颁布了《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》（以下简称《股权变更的若干规定》），其中规定了外商独资企业的股权质押须经审批和备案，表明了政府的主管部门已经认为外商独资企业的权利质押依法是必须要经过审批和备案的。鉴于存单质押依法包括在权利质押范围内，因此，其必须经过审批和备案是毋庸置疑的。

对律师而言，需要分析的是：外商独资企业以存单质押的方式提供对外担保未经工商部门备案其合同是否有效？

《合同法》第四十四条第二款规定：“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”最高人民法院“关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）”[法释〔一九九九〕十九号]第九条第一款规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规

---

① 《担保法》第七十五条规定：“下列权利可以质押：（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单。”

定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。”

对上述规定可作如下解读：第一，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续才生效，或者办理批准、登记等手续才生效，而当事人未办理批准手续，或者未办理批准、登记手续的，该合同未生效。第二，法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力。第三，上述规定均无办理“备案”手续是合同生效条件的内容。

联系本题，外商独资企业依照《外资企业法实施细则》之规定，办理了存单质押的审批手续，已符合上述司法解释关于合同生效的条件规定。但对于“备案”的要求，是否构成合同生效的条件？答案是否定的。第一，《外资企业法实施细则》第二十三条规定对外抵押须经“备案”，而不是司法解释所规定的“登记”；第二，《外资企业法实施细则》第二十三条既未规定对外抵押合同或质押合同须向工商行政管理部门“登记”才生效，也未规定须经“备案”才生效。据此，借款企业的对外质押未经工商行政管理机关“备案”并不影响合同的效力。换句话说，借款企业只要办理了其他法定的审批、登记手续，其存单对外质押合同是有效的。

此外，对比《股权转让的若干规定》第十二条第五款关于外商投资企业股权“未按本条规定办理审批和备案的质押行为无效”的规定，可以理解，上述规定中的“备案”，涉及工商行政管理机关是股权的登记机关，股权质押向登记机关备案既是维护政府管理秩序的需要，也是一种对外的公示行为。公众可以通过查询了解到公司股权的受限状况，从而决定是否与公司进行交易。此举可以保护公司其他债权人的合法权益。因此，股权质押向工商行政管理部门备案具有实际意义。存单质押则不同，经过存款银行核押的存单交付给质权人后，出质人无法利用该存单与其他第三人进行任何交易，不会给公司的其他债权人造成任何不利的后果。同时，工商行政管理部门并非公司实际资产的登记机关，或者说，公司在工商行政管理机关登记备案的注册资本状况与公司的实际资产状况并不完全相同，因此，借款企业的存单质押是否在工商行政管理机关备案，事实上不会影响第三人作出是否与公司进行交易的判断和决定。可见，借款企业的存单对外质押是否在工商行政管理部门备案，不会损害社会公众和公司其他债权人的利益，因此，也就没有违反《合同法》第五十二条中关于认定合同无效的立法宗旨。

据此，借款企业的对外担保未经工商行政管理机关备案并不会影响其合同的效力。

经过上述分析研判，承办律师向贷款银行出具了贷款合同和担保合同依照中国法律之规定具有合法性、有效性和可执行性的法律意见。

经典评析

在涉外法律服务中，律师不仅代表个人或某一家律师事务所，而且还代表着整个国家律师的形象和执业水准。在从事外商投资企业向境外银行借款的法律服务过程中，经常会遇到坚持依法办事的原则与根据具体情况灵活变通的处理方式之间的冲突。如何处理二者之间的关系，是律师实务中需要研究探讨的问题。本案提供了一个可资参考的实例。

一、在涉外法律服务中，律师应当具有坚定的原则立场，严格依照国家法律法规的规定，向当事人提出明确的要求，并敦促其履行各项申报手续，以保证涉外合同的合法有效，维护委托人的合法权益和中国法律的尊严

外商投资企业向境外银行借款，动辄数千万美元，对贷款银行和借款企业而言，是一笔数额巨大的交易，其合同的合法有效与交易的安全至关重要。有鉴于此，贷款银行专门委托律师就贷款合同、担保合同等文件的合法有效出具法律意见。同时，鉴于目前的外汇管制制度和对外商投资企业的管理制度，外商投资企业举借外债的审批、登记、备案程序决定着贷款合同和担保合同的效力。一旦合同无效，贷款银行的损失将非常巨大；对于出具法律意见书的律师来说，其后果也是十分严重的。

为此，承办律师必须认真负责地做好审核工作，坚持要求当事人依法办理各项审批、登记、备案手续，以避免合同无效的风险；同时，积极帮助当事人和政府有关部门完成法定的程序。

本案中，律师首先向委托人贷款银行提供了《外资企业法实施细则》第二十三条关于“外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案”的规定，告知上述规定对担保合同效力会发生实质性的影响。此外，还向贷款银行指出，贷款银行此前的贷款项目无需经过审批的原因是借款企业均为中外合资经营企业和中外合作经营企业，与本案的外商独资企业不同，适用的法律法规也不同。律师提出对外担保办理审批和备案的要求于法有据，目的是为了确保合同的合法有效，充分保障贷款银行的权益。对此，贷款银行表示认同，并要求借款企业依法办理相关手续。随后，承办律师又耐心地向借款企业解释了上述法规的内容，并

帮助借款企业草拟了提交给审批机关的关于提供对外担保的申请文书,陪同借款企业到审批机关提交申请。由于审批机关缺乏审批此类项目的依据和流程规定,对此,承办律师先向其出示了《外资企业法实施细则》第二十三条的规定,又提交了对外贸易经济合作部 1996 年 10 月 31 日“关于对外资企业将其财产或者权益对外抵押问题的答复”,该答复对审批的条件、企业提供的文件以及批文的格式等作了详细的规定。这样,既解决了法规依据的问题,也解决了审批流程和批文的内容与格式问题。同时,承办律师还就存单质押与法规规定的抵押的关系问题向审批机关作了解释。最后,审批机关批准了借款企业以存单质押方式对外提供担保。该批文的取得,履行了行政法规所规定的审批程序,确保了对外担保合同不会因未经审批而发生无效的后果。

二、在有关的审批、登记手续依法办理完毕,确保涉外合同合法有效的前提下,对某些无法完成的特定程序予以省略,帮助当事人之间的合法交易正常顺利地实现,同样也是律师涉外法律服务工作的重要内容

尽管借款企业和承办律师向工商行政管理机关提供了备案申请和有关的法律法规以及规范性文件,并就有关规定的内容再三加以解释说明,但是,工商行政管理机关仍然拒绝受理借款企业的备案申请。对此,借款企业虽然可以依法通过行政诉讼的途径寻求救济,但是,借款企业可能会因为漫长的诉讼程序而丧失了此次获得境外借款的重要机遇,对企业的发展势必造成十分不利的影响。在此情况下,为了促成当事人之间的合法交易,成功引进外资,有利于社会经济的发展,在进行了认真细致、严格审慎的法律论证的前提下,承办律师认为,本次借款的对外担保审批、登记手续均已依法完成,借款企业以银行存单质押的方式提供的对外担保合法有效;工商行政管理机关未予备案的情形不会导致对外担保合同的无效。该法律意见的出具,使得本次贷款得以顺利发放。

本案结束后,2009 年 5 月 13 日,最高人民法院“关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)”[法释〔2009〕5 号]施行。该司法解释第十四条规定:“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”对照《外资企业法实施细则》第二十三条规定,外资企业将其财产或者权益(除股权质押外)对外抵押、转让,须向工商行政管理机关备案的要求显然不属于效力性强制性的规定。新施行的司法解释支持了承办律师为本次境内企业向境外银行借款所出具的法律意见。

从“火线救急”到“运筹帷幄”

——律师在并购项目风险控制与尽职调查中的作用

金迎春　陶　伟*

案情简介

A公司为甲地区一家中澳合资的山羊加工和销售企业，成立于2003年，注册资本175万美元。因其实际控制人具有澳大利亚背景，因此在优质进口山羊引进、加工和销售上具备技术优势和丰富的经验，且由于该企业在甲地区属农业纳税大户，并取得了“某某省农业产业化农头企业”的称号，能享受一定的税收政策优惠和政策扶持。但近年来由于经营不善等原因导致企业现金流紧张，至2009年企业生产几乎完全停顿，亟需引进战略投资者帮助企业摆脱困境。

B公司为乙地区一家贸易公司，资金实力雄厚，且在进出口方面具备丰富的经验。B公司有意向实业投资发展，经过初步与A公司接触，B公司认为A公司在较为成熟的羊肉加工技术、设备，以及根据A公司“陈述”其所有的土地使用权面积上具备一定的投资价值，且双方在进口羊肉上都有较为丰富的经验和资源，且能够形成产业链的上下游关系。双方初步确定由B公司通过并购A公司股权的方式进行合作。且在合作意向确定之后，B公司现行给A公司提供了数百万的借款，使A公司重新恢复生产。

天屹律师作为B公司的常年法律顾问，在得知B公司有意向通过并购A公司股权的方式开展合作，且A公司愿意以零对价向B公司转让控股权，且B公司前期已经投入了数百万元资金，天屹律师立即觉察到该项目

* 金迎春，女，浙江大学民商法法学硕士，专业领域：企业投融资；公司并购；企业破产、资产重组；房地产开发、金融信托产品服务。浙江天屹律师事务所专职律师。

陶伟，男，西北政法大学经济法法学硕士，专业领域：企业投融资；公司并购；资产重组；特许经营。浙江天屹律师事务所专职律师。

中可能存在一定的风险。天屹律师即向B公司进行了初步的情况了解，并建议B公司在正式投入资金前，委托律师和会计师对A公司展开尽职调查，掌握A公司的资产、风险及其他各方面的情况，作为投资和谈判、议价的基础。天屹律师并为B公司设计项目推进总体框架和流程供B公司作为参考。B公司接受天屹律师建议，委托律师和会计师对A公司展开法律和财务尽职调查。天屹律师"火线救急"，展开了相关的法律服务工作。

法律分析

天屹律师经过数周的尽职调查发现，A公司在土地使用权、员工人力成本、企业财务管理以及对外债权债务方面存在重大的法律问题，在上述问题未能得到妥善解决前，贸然通过并购股权的方式进行投资存在较大的风险，鉴于B公司已经有部分借款和原料投入至A公司，已存在一定的风险。天屹律师针对这一特殊情况并结合尽职调查的内容为B公司设计了相应的变通方案，减小风险并推进项目进程。

一、通过律师尽职调查发现A公司存在的重大法律问题

1. A公司的土地权属问题

在A公司和B公司进行意向谈判时，A公司陈述其名下有近150亩国有土地使用权。但经过律师尽职调查发现，A公司持有土地使用权证书的土地面积为48亩，其中有36亩土地A公司虽取得土地使用权证，但未交纳土地出让金；另A公司向当地某村承包土地42亩，且承包土地用途仅限定为种牧草和建羊舍；经调查发现，A公司其余在使用的约50亩土地没有任何使用权证书或其他凭证，也未交纳任何费用。且上述土地中，A公司持有土地使用权证书的土地中有36亩已经抵押给金融机构作为贷款担保。经过律师调查发现，A公司在意向谈判中陈述的约150亩土地使用权仅有48亩可以作为无形资产项目计入公司资产。而该48亩土地中有36亩未交纳土地出让金，使用权存在一定的瑕疵，且存在被国土管理部门追缴土地出让金且被相关行政机关进行处罚的可能。

土地使用权往往是投资项目中目标公司的核心资产，也是投资者关注的重点。本次项目中，A公司陈述其有近150亩土地使用权，但经调查发现，其合法享有完全的、无瑕疵的土地使用权仅有12亩，实际资产价值与陈述有较大差距。且在律师尽职调查中发现，有36亩土地A公司虽取得土地使用权证，但未交纳土地出让金，存在重大瑕疵和风险。

2. A 公司的人力资源成本问题

A 公司共有员工 47 人。公司仅与其中 24 名在职员工签订了书面的劳动合同，且仅为 5 名员工缴纳了基本的养老保险费用。《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定："用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。"A 公司存在被未签订书面劳动合同的员工要求支付未签订劳动合同期间双倍工资的可能性。且 A 公司有义务为全体员工缴纳基本的社会保险费用，且存在被相关劳动主管部门责令补缴且进行处罚的可能性。

在股权并购项目中，并购方往往要承接目标公司的债权债务和员工，因此，对员工劳动的尽职调查也成为项目的重点之一。本次项目中，由于目标公司的员工未签订书面劳动合同、未交纳社保的情况较为严重，存在着重大的隐患。劳动人力资源方面的成本也成为影响本次项目的核心点。

3. A 公司的债权债务问题

经律师尽职调查发现，A 公司负债总额有近 2000 万元人民币，且其中大部分为银行借款，且都将在半年内到期。A 公司债权总额约 300 万元人民币，且大部分账龄在两年以上，存在坏账的可能与风险。且经过律师和会计师尽职调查发现，A 公司财务管理制度较为混乱，有较多的货款或其他款项从 A 公司的实际控制人个人账户上进出。

股权并购项目中，目标公司的债权债务自然是尽职调查的重中之重，特别需要注意的是，不仅要核查债权债务的数额，更要核查债权债务的真实性；不仅要看报表上反映的数额，更要关注隐形的债权债务；不仅关注债权的数额，更要关注债权的质量。比如，本次股权并购项目中，天屹律师在尽职调查中就发现了 A 公司在报表上没有反映的账外款项往来，而且发现 A 公司的债权中账龄大都超过两年，已经超过《民事诉讼法》规定的诉讼时效，存在坏账的可能性。

二、针对尽职调查反映的问题，律师设计了变通的项目推进方案

1. 针对项目的整体进程。经过律师的尽职调查，发现目标公司 A 公司存在上述重大问题。如果委托人 B 公司仍然按照最初的意向以股权并购的方式进行投资，则意味着 B 公司除了要承接 A 公司报表反映的债务外，还可能需要承担数额巨大的或有债务（土地出让金及罚款、员工补交社保费用及补偿、账外债务等）。针对这一现状，天屹律师为委托人 B 公司设计了变通的项目推进方案：暂不进行股权并购，先以贸易合作的方式进行合作，

同时以协议的方式限定A公司处理上述土地、人员等隐形、或有债务问题以及财务管理制度完善的时间,并在该协议中设定A公司在处理完毕上述问题后进行股权并购的价格。这样,一方面避免了贸然并购股权产生的重大债务风险;另一方面通过事先限定股权并购价格,避免目标公司A公司在通过B公司已经投入的资金运转正常后,在后续的股权并购中提高交易价格。

2. 关于财务管理。由于B公司的目标是并购A公司的股权,且B公司借款给A公司数百万元,因此,A公司的财务安全和财务管理制度的完善对B公司而言十分重要。对此,天屹律师建议B公司派驻专门的财务人员至A公司,一方面监督A公司经营的货款收受情况,以确保B公司的借款的安全;另一方协助A公司完善财务管理制度,为后续股权并购打好基础。

3. 关于B公司已经投入的资金和货物的安全。由于在律师尽职调查开始前,B公司已经向A公司投入数百万元现金以及价值数百万元的原料羊肉。因此,如果暂不进行股权并购,则前期投入的现金和原料安全性成为最核心和重要的问题。对此,天屹律师建议:对于已投入的现金,作为B公司向A公司的借款,由A公司和其实际控制人承担连带还款责任;对于已经运送至A公司及甲地仓库的原料,则由B公司和A公司签订《委托加工合同》,双方建立委托加工关系,B公司保留对上述货物的所有权。上述操作最大限度地减小了B公司已经投入的资金和货物的风险。

经过上述一系列调整和运作,B公司和A公司由最初意向的股权并购合作转变成了现阶段的委托加工合作关系,且B公司保留了在合适的时机、以最小的成本、最小的风险进行股权并购的选择权。天屹律师在这一过程中,从最初的"火线救急"到最终"运筹帷幄",根据项目进展调整项目整体框架和进程,成功策划并运作了一个非诉项目,最大限度地维护了客户的权益。

经典评析

企业间的股权并购业务是律师非诉法律服务最常见、最基础的业务类型,但也是最能考察律师非诉法律服务能力和水平的业务。在股权并购项目中,项目律师能提供何种服务呢?一般认为,律师的工作是参与谈判、尽职调查、起草协议文本、办理工商等企业登记、备案工作。但天屹律师认为,除了上述基础的法律服务工作,律师还应当提供更深入、更有主动性的法律

服务。在本次项目中,在天屹律师参与前,委托人A公司已拟定初步合作意向(股权并购),并已有实际的投入(借款和原料)。在天屹律师参与项目后,首先开展尽职调查,针对尽职调查中发现的问题,在律师认为现有情况不适宜进行股权并购的情况下,天屹律师发挥主动性和创造性,引导委托人A公司及时调整项目思路,并结合项目的特殊情况(委托人B公司的前期投入)和存在的各种问题,为委托人B公司设计了由股权并购转变为先进行借款和委托加工合作的项目推进方式。最终,委托人B公司接受了天屹律师的建议,调整项目思路,避免了可能发生的法律及财务风险。因此,律师在非诉项目中不仅要根据客户的需求提供相关法律服务,更应该在最大限度维护客户利益的基础上,由“被动服务”转变为“主动服务,为客户提供更有创造性、更有深度、更有附加值的法律服务”。

创业板上市法律实务解析

——以某电子股份有限公司在创业板上市为例

梁 瑾 陈 轶*

案情简介

一、公司的上市概况

2009 年 10 月 23 日,中国内地创业板在深圳证券交易所正式开板;2009 年 10 月 30 日,28 家企业作为中国内地创业板第一批上市企业高调挂牌,笔者经办的某电子股份有限公司(以下简称“某某电子”或“公司”)就是这 28 家首批登陆创业板的企业之一。

某某电子是注册于 A 市 B 区的一家股份有限公司,主要从事向交通、医疗、建筑等行业用户提供智能化技术应用服务,是一家典型的具有自主知识产权的技术型企业。

某某电子首次公开发行人民币 A 股普通股 2000 万股,发行价格为每股 20 元,扣除发行费用后实际募集资金约 3.6 亿元。开盘当天,公司股价最高达到 50 元,发行后公司总股本 8000 万股,上市为这家中小企业创造了近 40 亿的市值,无论是公司还是股东都赚了个盆满钵盈。

二、公司上市的背景

2009 年是中国经济史上一个神奇的年份:在实业界,由于持续受到 2008 年金融风暴的严重影响,中小企业面临严峻的生存压力,一批中小企业业绩下滑,更严重的甚至破产倒闭。一直积极准备上市的银江电子面临的不是选择在金融风暴下生存的问题,而是继续保持业绩的高速增长。这

* 梁瑾,女,英国曼彻斯特大学法学硕士,擅长于证券、公司法业务,专职律师。
陈轶,女,东南大学法学硕士,擅长于公司证券、公司法业务,专职律师。

种财务压力，迫使公司决策者在 2008 年末在市场上疯狂扫单，不惜一切代价抢占市场。

证券市场，作为受到金融危机首当其冲影响的领域，也在 2009 年发生了戏剧性的变化。2009 年前两个季度 IPO 一度停发，而伴随着创业板的开板，IPO 的公司在证券市场上如潮水般涌来，除了创业板的高调推出之外，中小企业板也是加速发行，而且 IPO 的公司都毫无例外地享受到了 A 股高市盈率，高开盘价的优厚待遇，某某电子就非常幸运地在这次资本的盛宴中分得一杯羹。

三、公司上市的过程

2009 年 9 月 23 日，某某电子创业板发行上市申请通过中国证监会发行审核委员会的同意，成为取得创业板通行证的第一家浙江企业。这个“创业板浙江第一股”让很多同行以及同样准备上市的企业感到意外和羡慕。机会总是留给有准备的人。回顾笔者与某某电子的合作经历，从默默无闻到一鸣惊人，上市的路程整整走了三年。

2006 年下半年，笔者初次走入公司，看到的是敞亮的办公大楼、忙碌的工作人员以及不怎么华丽的财务报表，当时公司预计的当年净利润不足一千万元，与中小企业板的上市要求还有很大差距。但是公司向律师展示了他们在技术上的核心竞争力以及对未来发展的信心和规划。因此，从一开始，某某电子就是一个天然地适合创业板的企业。

在我们三年的服务过程中，某某电子在上市的征途中迈出了一个个稳健的步伐：2007 年实现净利润 2000 万元；2007 年 9 月 30 日，整体变更设立股份有限公司；2008 年度实现净利润 3100 万元；公司联合中介机构自 2008 年下半年开始进行上市申报材料的制作。

接下来就是等待创业板的时间。直到 2009 年 7 月份，创业板的上市工作真正开始了，于是就有了以下一系列密集的时间表。创业板上市企业的审核进度和发行速度在国内 IPO 的历史上是史无前例的：

2009 年 7 月 26 日，向中国证监会递交上市申请材料；

2009 年 8 月 27 日，获得中国证监会第一次书面反馈材料；

2009 年 9 月 9 日，向中国证监会递交根据首次反馈材料制作的答复资料；

2009 年 9 月 23 日，公司上市申请获得中国证监会创业板发行审核委员会的同意；



2009年10月8日,公司取得中国证监会颁发的核准发行上市的批文;

2009年10月30日,300020,某某电子在深圳证券交易所成功挂牌交易。

法律意见

由于主办了某某电子创业板上市项目,因此对于创业板上市过程中应关注的法律问题,笔者有了较深理解。在下文中,将就重点法律问题进行阐述,以期抛砖引玉。

一、创业板上市的实质性条件

《公司法》、《证券法》以及《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》(以下简称"《管理办法》")规定了符合创业板上市企业应符合的条件。总结起来,主要关注如下几个方面:

第一是财务方面的条件,也是是否能在创业板上市的实质性条件。根据《管理办法》第十条的规定,发行人应满足:(1)最近两年连续盈利,最近两年净利润累计不少于一千万元,且持续增长;或者最近一年盈利,且净利润不少于五百万元,最近一年营业收入不少于五千万元,最近两年营业收入增长率均不低于百分之三十。净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据;(2)最近一期末净资产不少于两千万元,且不存在未弥补亏损。(3)发行后股本总额不少于三千万元。

第二是业务方面条件。创业板上市企业的要求与原来中小板的要求不同,除了仍然要求主营业务的稳定性之外,更着重强调公司经营的是"一种业务"。《管理办法》第十二条明确规定:"发行人应当主要经营一种业务,其生产经营活动符合法律、行政法规和公司章程的规定,符合国家产业政策及环境保护政策。"

第三是公司治理方面条件。创业板所针对的目标企业一般是正在发展中的中小企业,因此为了更好地保护上市公司的利益,保护公众投资者的权益,监管部门对创业板上市企业提出了严格的规范治理方面的要求。《管理办法》第十九条规定:"发行人具有完善的公司治理结构,依法建立健全股东大会、董事会、监事会以及独立董事、董事会秘书、审计委员会制度,相关机构和人员能够依法履行职责。"与中小企业板的上市要求相比,创业板特别在上述条款中强调了建立健全的"审计委员会制度"。

二、历史沿革中关注的法律问题

在每一个 IPO 案例中，历史沿革都是律师工作的重点和难点，在某某电子本次创业板上市的过程中也不例外。某某电子在历史沿革上主要碰到了两个法律问题：第一是公司曾经由中外合资企业变更为内资企业的合法性问题，第二是公司历史上存在国有股权转让的合法性问题。

对于第一个问题，笔者通过调阅某某电子的工商登记资料获知：合资企业建设的立项获得了主管部门和政府部门的批准；合资企业的合资合同与章程获得了相关外经贸部门的批准；合资企业设立的可行性研究报告获得了主管部门的批准；合资企业取得了某省人民政府颁发的外资投资批准证书；合资企业取得了工商行政管理部门颁发的营业执照。因此，可以判断合资企业的设立履行了必要的法律程序，符合当时法律法规的规定。

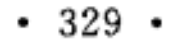
之后，公司由合资企业变更为内资企业。根据《中外合资经营企业法》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》以及《公司法》的相关规定，公司性质的变更获得了主管外经贸部门的核准，并获得了工商行政管理部门颁发的一般有限公司的营业执照。根据律师尽职调查的情况以及法律适用，律师判断公司在外资企业变更为内资企业的过程中履行了必要的法律程序，符合当时法律法规的规定。

对于第二个问题，笔者从国有股权转让是否获得了有权机构的批准，国有股权转让是否依法履行了程序，国有股权转让的对价设定的公允性和合法性，国有股权转让是否造成了国有资产的流失等方面进行了重点核查，通过查核书面资料，与当事人进行访谈等，搜集了详尽的证据，并发表了确凿的法律意见。最终某某电子的国有股权转让获得了某省人民政府出具的确认文件，确认其历史中的国有股权转让系合法有效且未造成国有资产转让。

国有资产无小事。对于 IPO 律师而言，一定要对申请主体及其关联方所涉及的国有资产和国有股权有充分的敏感和重视。历史沿革问题是 IPO 审核中，法律部分审核的核心问题。这个问题解决与否直接关系企业 IPO 的成功与否。某某电子之所以幸运地搭乘上创业板的首航班机中，也是有赖于其比其他申报企业更完善地解决了历史沿革中的法律问题。

三、实际控制人问题的判断与处理

《管理办法》第十三条规定："发行人最近两年内主营业务和董事、高级管理人员均没有发生重大变化，实际控制人没有发生变更。"因此，实际控制



人的判定与处理在 IPO 实务中是一个重要的法律问题,也是律师的重要法律技能之一。

在某某电子案例中,我们判断董事长夫妇两人为发行人的实际控制人。对于这种多人共同作为实际控制人的情况,除了满足《公司法》附则中的定义——“实际控制人,是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人”——之外,还需要满足更具体的条件。在某某电子案例中,笔者还从以下三个方面发表了法律意见:

(1)每人都必须直接持有公司股权和/或间接支配公司股份的表决权;

(2)发行人公司治理结构健全、运行良好,多人共同拥有公司控制权的情况不影响发行人的规范运作;

(3)多人共同拥有公司控制权的情况,一般应当通过公司章程、协议或者其他安排予以明确,有关章程、协议及安排必须合法有效,权利义务清晰、责任明确,该情况在最近两年内且在首发后的可预期期限内是稳定、有效存在的,共同拥有发行人控制权的多人没有出现变更。

四、关联公司与关联交易的处理问题

整个上市过程中,公司的关联交易一直是我们重点关注的问题。《管理办法》第十八条规定:“发行人资产完整,业务及人员、财务、机构独立,具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力。与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在同业竞争,以及严重影响公司独立性或者显失公允的关联交易”;《管理办法》第二十二条规定:“发行人具有严格的资金管理制度,不存在资金被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形”。

一方面通过调查关联人的工商资料、关联交易合同及关联往来的账务,在律师工作报告中对公司的关联人及关联交易情况进行了详尽的描述;另一方面敦促公司规范日常运作,尽量减少关联交易数额,并确保关联交易的公允性。

创业企业在初创时期会面临很多难题,尤其在资金方面往往捉襟见肘,很多企业存在或历史上存在关联公司之间的资金互相占用问题。对于资金占用这个问题,一方面要尊重企业发展的现实,另一方面也要满足上市审核的要求。作为律师应该严肃提醒企业重点关注这个问题,并要求企业逐步、分批解决,完成在上市申报前的彻底清理,并坚决杜绝之后这种情形的出现。

从本次证监会对该问题的审核态度来看，监管部门理解创业企业在历史上的不规范，但是为了保证上市公司以及公众投资者的利益，需要申报企业彻底解决资金占用的不规范行为。

五、国有股权划转问题

根据《境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法》（财企〔2009〕94 号）第六条的规定："股权分置改革新老划断后，凡在境内证券市场首次公开发行股票并上市的含国有股的股份有限公司，除国务院另有规定的，均须按首次公开发行时实际发行股份数量的 10%，将股份有限公司部分国有股转由社保基金会持有，国有股东持股数量少于应转持股份数量的，按实际持股数量转持。"

第九条规定："混合所有制的国有股东，由该类国有股东的国有出资人按其持股比例乘以该类国有股东应转持的权益额，履行转持义务。具体方式包括：在取得国有股东各出资人或各股东一致意见后，直接转持国有股，并由该国有股东的国有出资人对非国有出资人给予相应补偿；或者由该国有股东的国有出资人以分红或自有资金一次或分次上缴中央金库。"

在某某电子的案例中，其股东中有一家为国有控股公司，因此该国有股东存在因某某电子发行上市而应向社保转持国有股的情形。该国有股东在公司上市申报时，也向某省国资委提出了申请报告，申请就其所持公司的股份，确认其依法应向社保基金转持的股份数量，并申请某省国资委批复该国有股东单位是否须依法向社保基金转让批复确认的股份或者履行上缴相应的资金义务。

在某某电子获得发行批文之前，该国有股东获得了某省国资委员会的复函，同意相关国有单位以某某电子首次公开发行股票并上市时直接将相应部分持国有股按发行价折成现金上交中央金库。

公司发行上市时将相关国有股权转持给全国社会保障基金是 IPO 实务中的一个新情况，这个规定增加了国有持股公司在上市过程中需要履行的手续，为了减少发行人股权的不确定性因素，因此在进行上市申报时，发行人须提前解决这些股权的归属，或者做好解决这些股权确定性的准备。

经典评析

基于创业企业特点，创业板发行审核的重点也相较主板有所区别：



一、更关注企业的创新性、成长性和可持续性

相对于主板,创业板降低了上市门槛,但对公司拥有的行业竞争地位和成长要求更高。这包括位居行业前列,成长空间大,成长效率高,成长能力强,成长速度快,概括性的表述就是"二高六新",即高成长、高科技、新经济、新服务、新能源、新材料、新农业、新模式。

截至目前,创业板挂牌上市公司已经达到54家,这些企业都是细分行业的龙头,其业务模式、技术基础具有明显的创新性。对于上述企业进行综合分析,创业板挂牌的企业主要是三类创新企业:技术创新、经营模式创新与产业创新企业。

此外,在创业板企业上市申报材料中,与主板最关键的区别是要求保荐人出具企业成长性专项意见,并要求"结论明确、依据合理且程序得当",证监会对成长性与可持续性的重视由此可见一斑。

二、更关注企业的财务处理

创业板企业一般多为处于创办初期的民营企业,较之主板上市公司,一般具有规模小、成长性强、业务模式新、业绩不确定性大、经营风险高等特点。基于创业企业的这些特点,通常伴生很多财务处理上的问题。例如:如何对新商业模式企业进行财务判断;创新型企业收入确认与研发费用资本化问题;创新型企业不规范的财务处理对上市的影响及其应对;创新型企业无形资产的确认及其对资产结构的影响;创业企业会计核算的规范化问题;创新型企业特殊的财务结构及其对上市的影响。为了保护投资者的利益,相对于主板,证监会创业板发审会对于创业企业这些财务处理方式给予了更多的关注。

三、更关注控制权的稳定性

与主板上市一样,创业板的发行审核中重点关注企业股权清晰、控股权稳定:对于成立时间短但股本结构、股权变动较复杂的企业,要甄别企业历史沿革中股本结构变更是否存在潜在纠纷,如工会持股、职工持股、信托持股、委托持股,以及股东人数超过200人的情形;对于风险投资(VC)介入的企业,受关注的内容还包括股东之间、股东与发行人之间、股东与管理层之间,是否存在可能导致发行人控股权变更的相关协议安排。如果协议在未来存在较大风险,就对上市造成实质性障碍的,在初期就会面临筛选掉的危

险。但如果相关协议合理、风险可控，证监会要求企业在信息披露时向投资者充分揭示风险。

四、更关注控股股东、实际控制人个人诚信

《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》首次对拟上市创业板企业的控股股东、实际控制人的个人诚信问题作出了明确规定，要求控股股东、实际控制人最近三年内不存在损害投资者合法权益和社会公共利益的重大违法行为。此外，针对上市公司仿造或编造发行人、董事、监事、高管人员签名时有发生，要求发行人律师对前述人员及发行人控股股东、实际控制人在相关文件上签名盖章的真实性出具鉴证意见。

对于控股股东、实际控制人的个人诚信进行审查，这是主板没有的审核内容。考虑到创业板上市公司更易受控股股东、实际控制人控制，证监会旨在加强对控股股东、实际控制人的监管力度，提高其诚信意识。

五、更关注关联交易、独立性、治理问题

创业板企业多为创立初期的小企业，其经营管理具有如下特征：内部法人治理结构可能无效；不相容职责分工有限；少数人控制生产管理和经营决策；经营策略倾向于冒进；财务成果极易暴起暴跌，财务负责人和核心技术人员更替频率高；缺少建立健全内部控制的强烈动机；关联交易不公允等。从创业板企业上市过程中证监会的反馈意见来看，许多问题都集中在公司的治理结构是否完善、关联交易的数量和价格公允性及公司独立等，足见证监会对此问题的关注程度。

六、更关注无形资产的情况

无形资产计算，则是创业板发行条件中与主板区别较大的方面，即主板要求企业无形资产不得超过净资产20%，而创业板则无此限制。当初的考虑即是创新型企业、新经济、新商业模式的特点与传统行业不同。

由于许多创业企业最大的特点是对某项新的专利技术或核心技术人员存在天然的依赖性；有些创新型企业的核心技术存在对国外已有专利技术的严重依赖，可能是在国外相关技术基础上发展而来的衍生技术，存在一定的法律风险。这些因素都将影响创业企业的稳定性，故在发审时被格外关注。现在的要求是对无形资产的占比作出详细说明，比如无形资产对业绩的贡献度，逻辑上要说得通，并要在招股说明书中详细披露。

律师在大型电力集团并购中的作用

——华润并购GZ集团法律服务评析

陆利忠*

案情简介

GZ集团成立于2000年底,是典型的电力职工持股企业。借助处于垄断地位的电网公司在员工、股权和资产等方面所奠定的优势,GZ集团迅速发展,短短几年就成为某省最强势的电力投资商。截至2008年末,总资产已达400多亿元,旗下各级控、参股公司及各专业分公司达近百个,涉及电力投资、煤炭开发、电力建设、发电运营、环保脱硫、房地产开发等多个行业。

电力职工持股是我国电力行业特有的历史遗留问题,始于20世纪90年代中期的职工集资办电,而在2002年电力体制改革前后形成高潮。电力职工持股,由于操作不规范,极易产生不公平竞争、国有企业利润转移和国有资产流失等问题。自2003年后,在国务院国资委、国家发改委、财政部和电监会的联合推动下,一系列针对职工持股的规范文件相继出台。至2008年3月四部委联合下发《关于规范电力系统职工投资发电企业的意见》,电力行业清退职工股工作已成定局。

清理和规范电力职工持股,被国内电力巨头视为"最后的盛宴"。2008年开始,华润与国内五大电力巨头就开始频频与GZ集团及某省政府接触。因为业内周知,谁能拿下GZ集团,即可一举夺得某省发电市场半壁江山,实为大肆扩张的大好机会。因此,虽然彼时的GZ集团由于发展体制瓶颈、前期过度扩张等原因而举步维艰、资金极其紧张,但对于手握大把现金的电力巨头来讲,这实在是抄底的良机。

本所律师于2008年9月份正式接受华润委托,历时3月,为华润提供收购GZ集团的全过程法律服务。此案全国瞩目,国内著名杂志《财经》连

---

* 陆利忠,男,上海大学管理学硕士,专业从事公司、证券、投资、并购业务,专职律师。

续刊发多篇文章报道，重组历程可谓一波三折、变数丛生，值得总结之处颇多。

法律意见

一、制定收购方案

在制定收购GZ集团的方案时，我们主要考虑以下因素：

1. 相关利益主体的关切。比如：GZ集团方面急待资金注入，以缓解资金方面的燃眉之急；省政府层面，希望GZ集团保持稳定，同时又能够在重组后突破体制上的发展瓶颈；职工方面则希望不裁员、待遇不下降等等。

2. GZ集团的职工持股背景。电力职工集资办电，是我国电力发展历史上的特殊产物，功过各有评说。但从法律上讲，此类企业不同于常规的股份公司，有其特殊性。比如，股东均为电力系统的内部人，人数众多，代持股现象突出，这增加了收购工作的难度。常规收购中不是问题的问题，比如搞清楚交易对象一事，现在就成了大问题。GZ集团的上万名自然人股东，需要一一查清，并一一办理授权手续，因为从法律上讲，为维护交易的效力，收购协议需要股东本人或其授权代表签字，收购方案需要股东大会三分之二以上表决权通过，如果没有真实股东的有效授权，则交易将面临无效或者被撤销的局面。

3. GZ集团以电力为主业、其他产业并举的现状。对于集团整体收购项目而言，并购范围的确定是一个随着尽职调查的深入逐渐明晰的过程，即根据交易双方在意向阶段大致确定的并购方向，逐步剔除相关的产业板块。其原因是显而易见的，对于集团性质的企业来讲，其投资往往呈多元化趋势，决定某个具体项目是否纳入并购范围，往往要从战略方向、资产优劣、成长性、合法性等诸多方面进行考察，以便最大限度地争取商业利益、规避并购风险。

4. 外部环境的不确定性。华润介入收购之时，正是GZ集团的多事之秋。国家对GZ集团的审计尚未结束，有关问题诸如国有资产流失、税务问题等尚无最终定论，在制定收购方案过程中显然无法回避。最终收购价格的确定，也有待于专项审计完成，再依据资产评估结果而定。

综合以上因素，考虑到收购时间的紧迫性，我们建议客户采取分步实施、“谋定而后动”的方案。即先按资本金原值增资，谋求控股地位；然后作评估，按比例补交差价；再逐步办理职工退股。

二、法律尽职调查

尽职调查对于任何一个商业化的并购项目而言,均是必不可少的一个环节,其重要性不容置疑。对于GZ集团这样一个历经8年快速扩张的企业集团来讲,投资关系复杂、资产种类庞杂、产业类型多样、各级子企业众多,要在短短1个月时间完成法律尽职调查工作,对任何一家律师事务所来讲都是极具挑战性的一项任务。

针对GZ集团以电力为主业、多产业并举的特点,本所设计了各种类型的初步尽职调查问卷,分为母公司、火电企业、煤炭开发企业、房地产开发企业、电力服务业企业等。每份问卷包含公司设立和沿革、股东和法人治理情况、经营许可和项目审批、资产状况、对外投资、融资担保、重大合同、关联交易、劳动用工、税务、环保、诉讼仲裁等若干大的方面,并结合调查对象的不同,在每个大类之下详细列出律师需要了解的资料和问题。问卷提前向目标企业发出,以便企业有所准备,律师进场之后可马上消化资料。

根据目标企业的特点和本次并购的目的,我们重点关注以下几个方面的问题:(1)GZ集团近百家控股、参股企业的投资关系,包括注册资金、股权结构、代持股情况等;(2)GZ集团所有电厂情况,包括项目核准情况、电厂用地情况、竣工结算情况、燃煤供应/并网售电等重大合同情况等;(3)GZ集团所有控股煤矿情况,包括四证一照(指采矿许可证、煤炭生产许可证、安全生产许可证、矿长资格证和营业执照)情况、矿业权权属状况、矿业权价款缴纳情况、储量和产能情况、安全生产情况等;(4)GZ集团本部和一级子公司的历次增资、验资、股权转让、分红、股权激励情况;(5)GZ集团系统资金借贷情况,包括所有银行借款情况、外部/内部委托贷款和资金拆借情况;(6)GZ集团系统所有的对外担保、抵押及内部互保情况。

三、并购决策咨询

对于一个完整的商业并购项目而言,完成尽职调查工作以后,便需尽快做出决策,受制于排他期约定,这个阶段通常不会很长。决策基于律师、会计师、各类专业技术人员所做出的尽职调查结果,需要对发现的各类问题和潜在的风险进行评判,修正前期制定的收购方案,以及确定收购之后的重组计划。

对于律师而言,这个阶段的工作尤为关键。如果说尽职调查阶段律师的主要工作是发现问题,那么决策阶段的主要工作就是解决问题。本案现

场尽职调查工作完成后，本所律师的主要工作包括：(1)多次向华润高层作专题汇报，阐述尽职调查报告的主要内容、发现的主要问题及律师的观点和建议；(2)协助客户修改收购方案、股份增发协议，确定收购模式和选择合适的收购方；(3)随时答复客户提出的法律问题，先后对反垄断法、外资并购新规、国资监管条例等法律法规的适用出具法律意见书，对涉及的分立收购、资产剥离、债务重组、电厂未批先建、土地有偿使用政策、职工身份置换等法律问题一一作出专业解答；(4)配合财务顾问设计融资方案等。

经典评析

正如媒体评论："华润电力如能一举拿下 GZ 集团，其发电规模将扩展一倍，并得以进入上游煤矿业务，跻身国内电力巨头行列。"但最终华润决定放弃收购 GZ，可以推测这个抉择的过程是艰难的，但这个决定毫无疑问是慎重而理性的。众所周知，成功的并购并不在于达成交易的一刻，而在于并购之后长达数年的整合，相信华润的决策自有其商业方面的考量。而律师的价值，当体现在并购的过程之中，与最终是否达成交易无关。

通过本案例，我们认为在大型电力集团并购项目中，尤其要重点关注以下问题：

一、股权结构

对于一个并购项目，如采用股权并购方式，厘清目标企业的股权结构(实际控制人)以及各级控股、参股企业是首要的任务。对于单个项目法人企业的收购，上述信息较易获得。但并购对象是一个集团企业，则上述信息的完整获悉将有一定的难度，如涉及电力行业所常见的职工持股、信托持股、委托持股、交叉持股、工会持股等等非常规持股方式，则问题将更添复杂性。另外，如目标企业的存续时间较长，还必须考察该企业从设立至今的股权演变过程，如历次出资的方式、合法性，历年分配、转增、送红股、转让、退出等的合法性、手续完备性，实际出资人与工商登记信息的一致性等诸多问题。上述信息的完整、准确对于并购交易的安全、效力和定价无疑是至关重要的。

二、项目、资产的合法性

对于一个并购项目，纳入并购范围的项目、资产的合法性是并购律师关注的重点。如前所述，对于从事多元化投资的企业集团来说，其投资项目分

布于各种行业,其资产类型也是多种多样,这对于并购律师来讲,是综合性业务知识的挑战。例如对于一个在建的电力项目与房地产项目,两者需要办理的审批/核准手续是完全不同的;取得一宗土地的使用权与取得一项煤矿的开采权,其适用的法律程序也完全相异。这需要律师除了掌握通常适用的法律、法规以外,还要熟悉特定行业的政策、规章、实务操作经验,这样才能制订有针对性的调查提纲,把握事实的关键,判断一般性瑕疵和实质性障碍、制订完善的补救措施。

三、并购的限制

作为并购律师,在并购项目中需要特别注意目标资产或股权存在的转让限制。转让限制可以分为两大类,即法律规定的转让限制与合同约定的转让限制。

法律规定的转让限制通常包括产业政策限制,市场准入限制、反垄断政策限制,在资产转让方式下存在于资产上的抵押担保等限制,在股权转让方式下来自于其他股东的限制(即其他股东的同意和优先认购权),等等。合同约定的转让限制通常存在于出售方与第三方签订的合同,比如融资合同、特许经营合同。

对于上述限制,有些限制是可以通过对法律法规以及规范性文件的审查确定的,比如产业政策方面的限制;有些是通过尽职调查即可发现,例如资产或股权上存在的第三方的权利;而对于合同约定方面的限制,假设出售方没有披露,则收购方律师是很难发现其中的限制,而这种未披露可能对交易产生一定的法律影响,甚至可能是决定性的影响。对于这种限制,一方面,并购律师应该要求出售方最大程度披露其与第三方签订的所有重大合同,另外一方面应在并购合同中的承诺与保证条款、违约责任条款等方面作出相应的规定,以防止收购方因此可能受到的损失。

四、债权债务

对于股权并购项目,目标企业的债权债务、特别是隐性负债,对于并购方而言是最大的风险之一。作为并购律师,一方面要通过各种调查手段全面了解目标企业的债权债务情况,并作出相应分析,例如应收账款的账龄、可收回性;对外负债、担保产生的原因、金额;并尽可能地将无关的、或者无法说明合理理由的债权/债务/对外担保对外剥离、解除,以尽可能地锁定风险。另一方面,应通过并购合同中的承诺与保证条款、违约责任条款、支付

条款、担保条款等，对于未披露债务的风险加以规范。

五、重大合同与关联交易

对于公司的存续与发展相当重要的交易合同，是并购律师仔细审查的重要对象。这些合同通常包括燃料长期供应合同、售电合同、大额贷款合同、担保合同、主要设备/工程合同、各类关联交易合同等等。并购律师对这些合同进行审查，主要目的之一是确定收购完成后公司并不会丧失合同中规定的预期利益。这是因为，有些重要合同的签订往往是利用了原大股东（实际控制人）的关系，所以，当目标公司因被收购等原因出现控制权变化时，需要特别关注此类合同的延续性；之二是确定这些合同（特别是关联交易合同）中权利义务是否平衡，目标公司是否处于重大不利的情形中，以便于对目标公司的企业价值作出更为符合实际的评估。

六、公司治理结构、管理层和职工

关于目标公司治理结构、管理层和职工，主要关注两方面的问题：一个是现有的状态是否合法、规范地运作，是否对本次并购造成障碍；另一个是将来如何调整，以便更加适应并购方的整体战略安排、经营模式和企业文化。对于此类问题的处理，除了须遵循《公司法》、《劳动合同法》等法律规定外，我们认为，在某些特定情形下，如国资委等四部委年初颁布的《关于规范电力系统职工投资发电企业的意见》（国资发改革〔2008〕28 号文件）、国家电网公司内部规范性文件《关于进一步规范各级企业与有关多经企业关系的意见》（国家电网人资〔2008〕59 号文件）等政策、文件的影响，也不容忽视，需要充分评估对于某些特殊并购项目的机遇和挑战。

4500万国债纠纷处理手记

——托管国债回购纠纷法律服务评析

陈　臻*

案情简介

熟悉中国国债交易市场的人,不会忘记那一段关于国债回购的岁月。资料显示,仅1994年参与国债回购的单位至少在3000家以上,交易总量超过3000亿元。数年之内,债券市场就因为国债回购一项造成了720亿元债务苦果,形成了极其复杂的债权债务关系。截至今日,除了部分银行核销和剥离了坏账外,由此引起的庞大资金缺口损失与债务追索依然没有了结。而本案就发生在这样的大环境之下。

某发电股份公司(以下简称发电公司)是一家上市公司,其于2002年9月分别通过某证券股份公司和某大型证券公司购买了面值3000万元和面值1500万元的2002年记账式(十三期)国债,并依法托管于后者所属的某营业部。但是,该大型证券公司(以下简称证券公司)违背受托义务,未经发电公司同意,于2002年12月23日将面值4500万元的托管国债擅自挪用,并将其回购质押。

该证券公司在擅自挪用发电公司托管国债一年多时间后,以"保护托管国债的安全和完整"为由,要求与发电公司订立书面国债托管协议。发电公司在证券公司隐瞒挪用托管国债事实的情况下于2004年2月16日与其签署了书面国债托管协议,要求证券公司按照正常国债托管业务管理,必须保

* 陈臻,女,浙江大学经济学硕士、电力系统自动化工学学士。擅长解决重大项目的项目融资担保、工程建设管理合同、投融资并购等疑难法律问题;对国家电力体制改革、电力市场建设及电价政策等有深人理论研究及丰富实践经验;对国际工程风险管理及EPC合同有深入理解与丰富实践经验;对新能源及环保领域法律服务有前瞻性与开拓性的研究。2005年在国内首创CDM项目律师业务,阳光时代律师事务所专职律师。

证托管国债的完整。

2006年12月27日，未经发电公司授权委托，证券公司擅自将面值1161万元的托管国债以低价格卖出，导致发电公司巨额经济损失。

2006年9月，受该发电股份公司委托，本所开始着手处理其与某大型证券公司关于面值4500万元的托管国债回购纠纷。在接受发电公司的委托后，本所提出了打谈结合、以打促和的工作思路，结合“协商解决、行政解决和诉讼解决”三个途径分析问题、解决问题。即一方面，积极与证券公司交涉；另一方面，也不放弃行政、司法等救济手段。三者相辅相成，争取最大限度挽回损失。

经典评析

(一)与客户配合，发挥协作精神

本所介入本次纠纷处理后，多次参加发电公司的重要会议，并全程参与了发电公司与证券公司的纠纷谈判。2006年11月21日，证券公司派代表与发电公司商讨在证券公司重组的情况下如何处理托管国债问题。证券公司表达了希望尽快与发电公司协商处理托管国债的愿望，提出了收益权转让和延期清偿两个方案。本所详细分析了证券公司提出的股份收益权转让方案，指出了发电公司的两难境地，阐述了接受股份收益权转让方案的利弊，完善了证券公司提议的不足，以求最大限度地降低发电公司的风险。

2006年11月30日，本所审查了发电公司所提供的《合作意向书》、《关于征询参与某某证券公司重组意向的函》、《关于某某证券公司重组及相关业务处理的说明》、《〈关于要求某某证券公司交还托管国债并终止托管的声明〉的回函》等文书。在此基础上，积极与发电公司就纠纷的产生原因以及发电公司的具体要求进行沟通、协商，于2006年11月30日向发电公司出具了《某某证券公司处理托管国债方案的分析意见》。

2006年12月15日，发电公司向上级主管部门汇报了证券公司托管国债纠纷案的情况。随后，本所为发电公司起草了《关于解决托管国债纠纷的实施计划》，初步确定了解决本次国债纠纷的三种途径和实施计划，确立了协商解决、行政解决和诉讼解决结合使用的方针。此后两个月内，本所分别与中国证监会风险处置办公室、财政部金融司、上海证券交易所、中国证券登记结算公司上海分公司、所在省证监局等相关部门进行交流沟通，寻求单独解决发电公司国债纠纷的机会；为积极配合纠纷的解决，发电公司同时也向上级主管部门及相关部门多次汇报国债纠纷案的情况，以寻求协商处置

问题的途径。

2007 年 3 月，在本所和发电公司与证券公司多次沟通的基础上，通过多种途径向证券公司施加压力(其中中国证监会风险处置办公室、财政部金融司等发挥了积极作用)，证券公司修改了股份收益权转让方案，将股份收益权的价格由 5 元/股提高到 8 元/股，这使得双方最终选择了清偿国债或等额资金的方案。但是，发电公司和证券公司在偿还方式和期限上迟迟没有达成协议。

2007 年 5 月 25 日，本所起草了《关于解决托管国债遗留业务的补充协议》，首次明确以分期清偿的方式解决托管国债纠纷。随后，发电公司与证券公司进行了多轮磋商，本所律师亦全程参与了上述工作并就清偿时间、方式、双方的保证和责任等问题起草了多份法律文件。最终，通过多次谈判，双方以《业务处理协议》的方式明确了证券公司归还发电公司国债和利息的时间、方式等相关问题。2007 年 8 月 10 日，本所向发电公司出具了《〈业务处理协议〉的咨询意见》，确认上述方案风险较小。

在本所与发电公司的充分配合和共同努力下，2007 年 9 月 5 日发电公司同证券公司正式签署《业务处理协议》。截至 2008 年 12 月底，证券公司已向发电公司清偿了价值 4500 万元的国债和国债利息 58.5 万元，完全履行了其在《业务处理协议》项下的全部义务。

(二)律师优势互补，奉行团队合作

面对错综复杂的案情，本所充分发挥了团队协作精神，集合各相关领域的优秀律师成立了专项工作组，为发电公司的国债托管法律纠纷提供全面法律服务。本所提供的法律服务主要包括调查研究、与证券公司谈判、向相关部门举报、与相关部门进行沟通以及起草、审查、修改文件等工作。

为保证向客户提供最优质、全面的法律服务，2006 年 11 月 15 日、11 月 27 日和 11 月 28 日，2007 年 1 月 11 日和 1 月 17 日，本所五次召开专项工作组会议讨论国债纠纷解决方案。项目组律师发挥各自所长，分工配合，全面开展《关于解决托管国债纠纷的实施计划》中确定的三种解决途径的相关工作。

第一次工作组会议召开的当天，本所律师就与上海证券交易所法律部进行了沟通，探讨通过行政手段解决本次国债纠纷的可行性。此后，本所律师分别与中国证监会风险处置办公室、财政部金融司、上海证券交易所、中国证券登记结算公司上海分公司、发电公司所在省证监局等相关部门进行交流沟通，从行政救济方面寻求纠纷解决途径。但是，在证券公司正由国务

院主导重组的大背景下，单独处理该发电公司国债纠纷的可能性几乎不存在。在这种艰难的境况下，本所律师督促证券公司采取措施解决发电公司的国债问题，同时阻止证券公司对发电公司证券账户上剩余的3339万元国债的任意处置。

2007年1月15日，专项工作组律师针对证券公司的违法违规行为，为发电公司分别起草了《关于举报某某证券公司挪用托管国债暨请求财政部进行查处的报告》、《关于举报某某证券公司挪用托管国债暨请求中国证监会进行查处的报告》。阳光律师本着实事求是的态度，向证监会风险处置办公室、财政部金融司、中国人民银行金融稳定局、中央汇金公司、国务院法制办金融财政法制司举报证券公司挪用发电公司国债并擅自处置的违法违规行为，向中国证监会发电公司所在省监管局报案，并与所在市公安局积极沟通，寻求行政部门的大力支持。

与此同时，由于最高人民法院于2005年7月3日和2006年1月11日以内部电传的方式下发《对以某某证券有限公司及其附属机构为被告的民商案件暂缓受理、暂缓审理、暂缓执行的通知》(以下简称“三暂缓”)，对处于重组的该证券公司予以司法保护，暂缓期限为一年半。证券公司受到上述司法保护的情况使得发电公司寻求司法救济存在障碍。专项工作组对这种情况从程序和实体上进行了详尽深入的分析之后，于2006年12月26日委派了具有丰富诉讼经验的律师与发电公司所在省高级人民法院就本次国债纠纷提起诉讼事宜进行了沟通，了解该省高级人民法院的态度，做好三暂缓解除后进行起诉的各项准备工作。

另一方面，工作组的律师与上海证券登记结算公司、上海证券交易所法律部和中国证券登记结算公司上海分公司积极进行沟通，取得发电公司有关国债的持有数量和变动记录的书面证据，并就证券公司解决方案中提出的股份收益权价格进行了充分的市场调研，最大限度地维护发电公司的权益，降低发电公司的风险。最后使得证券公司在2007年3月将股份收益权的价格由5元/股提高到8元/股，双方得以选择清偿国债或等额资金的方案。

正是由于本所不仅拥有在各个领域有所专长的优秀律师，而且崇尚团队精神，项目组成员通力合作，才得以在重大复杂的案件面前，能够为客户及时提供更全面、优质的法律服务。

后　　记

英国科学家培根说："我们不应该像蚂蚁，单只收集；也不可像蜘蛛，只从自己肚中抽丝；而应像蜜蜂，既采集又整理，这样才能酿出香甜的蜂蜜来。"一些好律师之敬业精神真如一只勤劳的蜜蜂。执业多年，我们深深感到，律师代理案件中的思路和实务技能是一门综合性较强的学问。

本书所载案例，都是浙江省省直律师亲自代理主办的。出版此案例，能总结各律师成功的办案经验与体会，以利于日后的工作，也利于与同行、读者切磋交流，抛砖引玉，求得共同进步。本书与《律师实务研究》为姊妹系列。本书重律师实践、经验和技能，后者重律师实务理论，姊妹书系列相辅相成。在条件成熟时，姊妹书系列将再出新书。

由于水平有限，本书难免有不当之处，祈望专家、同行和读者指正，不胜荣幸！

本书编委会

2010年6月

